

REDEMPTUS AB HOSTE

ÉTUDE

SUR LE RACHAT DES CAPTIFS
EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Décembre 1942, à 14 heures

PAR

Guy FAIVELEY

Jury :

Président : M. NOAILLES, Professeur.

Suffragants } M. LE BRAS, Professeur.
 } M. MONIER, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1942

Nom du candidat : **FAIVELEY**

Prénom : **Guy**

Date de la Soutenance : 9 Décembre 1942.

Numéro d'ordre : .

1

FAIVELEY, Guy.

Redemptus ab Hoste

Etude

sur le rachat des captifs
en droit romain classique.

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1942

in-8°, 138 pages.

Thèse de Droit

Paris (1942, N°).

2

FAIVELEY, Guy.

Redemptus ab Hoste

Etude

sur le rachat des captifs
en droit romain classique.

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1942

in-8°, 138 pages.

Thèse de Droit

Paris (1942, N°).

3

FAIVELEY, Guy.

Redemptus ab Hoste

Etude

sur le rachat des captifs
en droit romain classique.

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1942

in-8°, 138 pages.

Thèse de Droit

Paris (1942, N°).

4

FAIVELEY, Guy.

Redemptus ab Hoste

Etude

sur le rachat des captifs
en droit romain classique.

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1942

in-8°, 138 pages.

Thèse de Droit

Paris (1942, N°).

Nom du candidat : FAIVELEY

Prénoms : Guy

Date de la Soutenance : 3 Décembre 1942

Numéro d'ordre :

2

FAIVELEY, Guy.

Recherches de Hoste

Étude

sur le rachat des capitaux
en droit romain classique.
Paris, Recueil Sirey, éditeur.

1942

in-8°, 138 pages.

Thèse de Droit

Paris (1942, N° 1).

FAIVELEY, Guy.

Recherches de Hoste

Étude

sur le rachat des capitaux
en droit romain classique.
Paris, Recueil Sirey, éditeur.

1942

in-8°, 138 pages.

Thèse de Droit

Paris (1942, N° 1).

FAIVELEY, Guy.

Recherches de Hoste

Étude

sur le rachat des capitaux
en droit romain classique.
Paris, Recueil Sirey, éditeur.

1942

in-8°, 138 pages.

Thèse de Droit

Paris (1942, N° 1).

FAIVELEY, Guy.

Recherches de Hoste

Étude

sur le rachat des capitaux
en droit romain classique.
Paris, Recueil Sirey, éditeur.

1942

in-8°, 138 pages.

Thèse de Droit

Paris (1942, N° 1).

REDEMPPTUS AB HOSTE

ÉTUDE
SUR LE RACHAT DES CAPTIFS
EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

REDEMPPTUS AB HOSTE

ÉTUDE
SUR LE RACHAT DES CAPTIFS
EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Décembre 1942, à 14 heures

PAR
Guy FAIVELEY

Jury :

Président : M. NOAILLES, Professeur.
Suffragants } M. LE BRAS, Professeur.
 } M. MONIER, Professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1942

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES PARENTS

RÉFÉRENCES, ABRÉGÉS ET SIGNES

Nous avons placé entre crochets droits les passages remaniés, ou interpolés par les collaborateurs de Justinien [...]. L'état primitif des textes est proposé entre crochets brisés <...>. Un point d'interrogation indique les restitutions douteuses ou impossibles <...?>.

Les textes du Digeste sont cités en indiquant successivement le livre, le titre, le fragment, et le paragraphe d'après l'édition de Th. Mommsen et P. Krueger, Berlin 1928; ceux du Code en indiquant le livre, le titre, la constitution et le paragraphe.

Ann. = *Annali*.

Bas. = *Basiliques*.

B. I. D. R. = *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*.

C. I. L. = *Corpus Inscriptionum Latinarum*.

C. J. ou *C.* = Code de Justinien.

C. Th. = Code Theodosien.

C. R. = Compte rendu.

Cujas = *Opera Omnia*, cité d'après l'édition de Naples MDCCLVIII.

Digeste = Digeste de Justinien.

fr. = fragment.

Fr. Vat. = Fragments du Vatican.

Inst. = Institutes de Justinien.

itp. = interpolé.

Mél. = Mélanges.

N. R. H. = Nouvelle revue historique de droit français et étranger (1877-1921).

Nov. = Novelle.

Paling. = *Palingenesia juris civilis*, de M. Otto Lenel, 2 vol., Leipzig 1889.

R. H. D. = Revue historique de droit français et étranger. (Suite de la *N. R. H.* qui, à partir de 1922, reprend son ancien nom.)

Z. S. S. = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*.



INTRODUCTION GÉNÉRALE

Si les guerres tiennent une place considérable dans l'histoire des nations, c'est qu'elles sont l'expression de rivalités économiques autant que politiques : elles obligent presque toujours le vaincu à travailler directement ou indirectement pour le vainqueur.

Comme le monde antique vivait du labeur des esclaves, il fit de la captivité la source principale de la servitude. Un peuple n'épargnait ses ennemis que pour les asservir et les vendre : il ne leur conservait la vie que pour leur ôter la liberté. La dure condition des prisonniers de guerre se perpétuait dans leur descendance. Elle était en principe irrémédiable et définitive. Exceptionnellement elle se terminait par une évasion ou par un rachat.

En droit romain, il existe une abondante littérature sur les effets de la captivité et sur la théorie du *postliminium*. Par contre, le rachat des prisonniers n'a encore fait l'objet d'aucune étude d'ensemble en langue française. C'est la raison pour laquelle Monsieur le Professeur Pierre Noailles a bien voulu nous suggérer le sujet de cette thèse et diriger ensuite notre travail. Nous tenons à lui exprimer ici notre profonde et respectueuse gratitude.

Nous nous sommes appliqués surtout à étudier la *redemptio commercii jure* d'anciens hommes libres, c'est-à-dire l'acte de spéculation privée par lequel un Romain acquiert à titre onéreux un de ses concitoyens tombé au pouvoir de l'ennemi. Nous ne traitons que d'une manière incidente des rachats inspirés par l'*officium pietatis* et la solidarité familiale, ou de ceux qui ont été pratiqués par le Sénat romain comme opération de politique militaire. Enfin nos recherches

n'ont été poursuivies que jusqu'au moment où le caractère de la *redemptio* se transforme profondément dès le début du cinquième siècle : ce qui explique le caractère accessoire du chapitre préliminaire et du chapitre final de notre thèse.

En terminant cette courte introduction, notre vive reconnaissance va à M. le Professeur R. Monier, qui n'a cessé de nous aider par ses critiques, par ses encouragements, par ses conseils. Enfin nous prions M. R. Villers, chargé de cours à la Faculté de Dijon, ainsi que MM. Ciulei et Magdelain, qui se sont intéressés à notre travail, de bien vouloir accepter l'expression de nos remerciements très sincères.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LE RACHAT DES CAPTIFS DANS L'ANCIEN DROIT DE L'ORIENT MÉDITERRANÉEN

Section I. - Le Code de Hammourabi

Ce code vieux de trente-neuf siècles est la plus ancienne collection de lois actuellement connue. La stèle du Louvre représente le dieu-soleil Shamash dictant au véritable fondateur de Babylone les décrets qui sont gravés sur le pourtour de la pierre. Il n'est pas étonnant que ce texte contienne des dispositions sur le rachat des prisonniers de guerre puisque Hammourabi eut à lutter de nombreuses années contre Rim-Sin avant de vaincre le roi d'Elam et de Larsa pour rétablir au profit de sa lignée l'ancien Empire de Sumer et d'Akkad.

Le fragment que nous reproduisons ici d'après la récente traduction de P. Cruweilhier (1) est extrait de la première

(1) P. Cruweilhier, *Introduction au C. H.*, Paris, 1937. Traduction et commentaire p. 71.

Voir également :

Koschaker, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*, Leipzig, 1917, p. 101 (sur C. H., §§ 280 et 281).

Wenger dans *Kritische vierteljahresschrift für gesetzgeb. und Rechtswiss. Folge III*. B. 18. Munich, 1918, p. 19.

Taubenschlag, *Das Röm. Privatr. zur Zeit Diokletians*, Cracovie, 1923, p. 229, note 1.

partie du Code « de la propriété, des officiers et de leurs biens », III, 2, § 32 :

13-19 : « Si un *damqarum* a délivré un *redum* ou un *bairum* retenu dans une campagne du roi, et lui a fait regagner sa ville,

20-24 : « Si dans sa maison (du *redum* ou *bairum*) il y a de quoi le libérer (vis-à-vis du *damqarum*), lui-même se libérera,

25-29 : « Si, dans sa maison, il n'y a pas de quoi le libérer, il sera libéré par la maison (temple) du dieu de sa ville,

30-34 : « Si, dans la maison du dieu de sa ville, il n'y a pas de quoi le libérer, le palais le libérera,

35-38 : « Son champ, son jardin et sa maison il ne donnera pas pour sa libération. »

Le « *redum* » et le « *bairum* » sont des officiers militaires dont il est impossible de déterminer le grade. Leur condition ne nous est connue que par les quelques dispositions qui sont édictées en vue d'assurer la gestion de leur patrimoine pendant leur captivité (2). Ils possèdent des biens intransmissibles et inaliénables et ne peuvent se faire remplacer dans la campagne royale (3).

Le « *damqarum* » qui a délivré le prisonnier en fournissant l'argent nécessaire à sa rançon devait être à la fois un banquier et un négociant. La loi ordonne de l'indemniser, indique les biens qui seront mis à contribution dans ce but, et prescrit d'utiliser ces biens selon un ordre qu'elle détermine avec précision :

A) L'officier assez riche pour se libérer lui-même devra employer à cet effet son patrimoine mobilier (§ 32 : 20-24). Mais il ne pourra disposer de ses immeubles (champs, jar-

(2) Cf. C. H., §§ 26 à 41.

(3) L'expression « *narran Sarrim* » désigne aussi bien un chemin ou un voyage qu'une expédition militaire proprement dite. P. Cruveilhier juge cependant que la traduction la plus correcte ici est celle de « campagne royale » (op. cit., p. 67 en note).

ains, maisons) qui constituent des fiefs inaliénables (§ 32 : 35-38).

B) La rançon de l'officier sans fortune sera payée sur les biens du temple de la ville (§ 32 : 25-29). Si les ressources de la maison du dieu ne sont pas suffisantes, le trésor du palais lui-même sera mis à contribution. P. Cruweilhier (4) croit que ces dispositions prouvent à la fois le caractère humanitaire de la loi et l'égoïsme du prince, puisque ce dernier rachetait ses officiers avec ses propres richesses s'il en était besoin, tout en préférant employer d'abord celles des temples quoiqu'elles fussent beaucoup moins abondantes que les siennes.

Observons enfin que le Code de Hammourabi ne spécifie pas quelle était la situation des anciens captifs secourus par le *damqarum*; il se borne à indiquer que les officiers sont libérés par le remboursement de leur rançon.

Section II. - La Loi de Gortyne

La loi de Gortyne contient un assez long fragment qui traite de la condition de l'homme libre racheté de la captivité. Nous reproduisons ce texte d'après la version de Dareste, Haussouilhier et Reinach (5) qui ne présente d'ailleurs que des différences peu importantes avec les leçons qui ont été proposées par les autres éditeurs (6).

- | | |
|--|-----------------------|
| 1. 46. « Αἱ κ' ἐδ' δὲ (σ) [μενίανς] πε | Si un homme libre |
| 47. ρα[θῆ; κ'] ἐκς ἀλλοπολίᾳς ὑπ' ἄν | a été vendu à l'enne- |
| 48. ἀγχας ἐκόμμενος κελσ[μ]ένω τι- | mi, et si, sur sa de- |

(4) Note op. cité, p. 71.

(5) Recueil des inscriptions juridiques grecques, vol. I, p. 374, § 40.

(6) Cf. Bücheler-Zitelmann, *Das Recht von Gortyn* dans *Rheinisches Museum für Philologie*, B. 40 1885, pp. 28-29 et p. 28, note 40.

Comparetti : *Le Leggi di Gortyna e le altre Iscrizioni Archaiche Cretesi* dans *Monum. Antichi*, vol. III, col. 112.

Kohler et Ziebarth, *Stadtrecht von Gortyn*, 1912, p. 14-16.

49. ε λύσεται, ἐπὶ τῷ ἀλλυσαμένῳ
 50. οἱ ἤμεν πρὶν κ' ἀποδοῖ τὸ ἐπιβά-
 51. λλον· αἱ δὲ κα μὴ ὁμολογίοντ
 52. ἰ ἀμπὶ τὰν πληθὺν ἢ μὴ [κ]ελομέ
 53. [ν]ω αὐτῷ [λ]υσάθαι, τὸν δικασ-
 54. τὰν ἐμνύντα κρίνεν πορτὶ τὰ
 55. [μ]ολιό(μ) ε[να. Τ]ῷ ἐλευθέρῳ, τόν..

mande, quelqu'un qui est dans l'obligation de le faire le rachète de l'étranger, il sera à la disposition de celui qui l'aura racheté jusqu'à ce qu'il ait remboursé ce qu'il doit. S'ils ne sont pas d'accord sur la somme ou si la personne rachetée soutient qu'elle n'a pas demandé son rachat, le juge statuera en prêtant serment, suivant les faits de la cause...

Comparetti suppose que ce fragment de la grande inscription de Gortyne règle les effets du rachat d'un pirate capturé au cours d'une expédition de corsaires (7). Mais comme les cités de Crète, au nombre d'environ 43, vivaient dans un état d'inimitié perpétuelle excluant en principe tous rapports de caractère pacifique (8), cette conjecture ne doit modifier en aucune manière notre interprétation, car la distinction entre la piraterie et la guerre proprement dite n'entraîne des conséquences juridiques importantes que dans les droits relativement plus récents (9).

A) FORMES ET CONDITIONS DU RACHAT.

Le code de Gortyne fait allusion aux conditions du rachat dans les termes suivants :

« κ' ἐκς ἀλλοπολίᾳς ὅτι ἀνάγκας ἐχόμενος κελομένῳ τις λύσεται, ... »

(7) Op. cit., col. 201.

(8) Voir Beloch, *Griechische Geschichte* B. 1, Strasbourg 1893, p. 288, et B. III, erster teil, p. 750.

(9) Sur ce point, voir Albertoni, op. cit., p. 362 et note 3, qui compare en droit romain les *hostes* avec les *latrunculi* et *latrones exteræ gentis* (D. XLVIII, 15, 6).

Kohler (10) juge que la nouveauté de la loi réside dans ce fait que le prisonnier ne sera racheté que s'il le désire, car « il peut trouver la captivité étrangère plus agréable que celle qu'il subirait chez un compatriote ». La plupart des éditeurs du texte s'accordent pour affirmer que la *redemptio* ne produit un effet juridique que par le consentement même de l'ancien captif : ce dernier se trouve en quelque sorte dans une situation contractuelle, car il a sollicité son rachat (11).

Par contre, les auteurs discutent sur l'interprétation des termes « ὑπ' ἀνάγκας ἐκόμενος » ». Dareste, Glotz et Comparetti pensent que certaines personnes sont obligées de racheter le prisonnier sur sa demande (12) tandis que Bücheler-Rittelmann et Kohler écartent toute relation entre le *redemptus* et le *redemptor*.

B) CONSÉQUENCES DU RACHAT.

L'assujettissement du *redemptus* est qualifié dans la loi de Gortyne par l'expression ambiguë : « ἐπὶ τῷ αἰχμαλώτῳ ἔμεινεν », qui peut se traduire littéralement : « être auprès du rachetant ». C'est ainsi que l'entend Bücheler : « so soll er bei dem welcher ihn sich auslöste, stehen ». Les autres traductions sont déjà des interprétations; Dareste écrit : « il sera à la disposition de »; Glotz qualifie le pouvoir du *redemptor* de « droit de rétention »; Kohler le désigne ainsi : « eine besondere art der Pfandlingschaft ».

Albertoni remarque avec raison (13) que l'expression

(10) Op. cit., p. 51, § 9.

(11) La ligne 48 « κελομένοι τις λύσεται » est à rapprocher des lignes 52-53 « ἢ μὴ κελομένοι τις λυσάσθαι ».

(12) Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris 1904, p. 263, note 1. « Les personnes en question ne peuvent être que les membres de la famille, et à défaut les membres de la même hétéairie. Comparetti ajoute à cette liste les esclaves du captif (op. cit., col. 200-201).

(13) Op. cit., p. 370, note 1.

« ἐπι' τινι εἶναι » a dû servir primitivement à désigner une pure situation de fait. Ce n'est que plus tard qu'elle a pris un sens juridique précis — mais difficile à connaître —. Le savant italien estime que la meilleure méthode de recherche consiste à étudier soigneusement les conditions de dépendance analogues à celles du captif racheté. Après avoir écarté celles du Γοικεύς et du δούλος, il compare la situation du *redemptus* à celle du κατακείμενος.

Dans un fragment de l'inscription dénommée « Second Code de Gortyne » (*voir page ci-contre*), le κατακείμενος apparaît comme un homme libre qui pour garantir le paiement d'une dette s'est donné lui-même en gage à son créancier (14). Malgré sa condition de dépendance, il continue de posséder un patrimoine, et peut s'obliger personnellement par les délits qu'il a commis de sa propre initiative. S'il subit un tort de la part d'une tierce personne, il partage la composition pécuniaire avec son créancier (ὁ καταθέμενος). Mais il ne peut en poursuivre le recouvrement tout entier pour son propre compte qu'après sa libération. En effet, son engagement ne prend fin qu'avec le remboursement de sa dette.

L'assujettissement du captif racheté et celui du κατακείμενος libre présentent de multiples analogies. Dans les deux cas il y a identité entre le débiteur gagiste et la chose engagée; dans les deux cas aussi le lien envers le créancier ne prend naissance qu'avec le consentement de l'assujetti (15).

De plus, un parallélisme remarquable existe entre les formes spécifiques des conditions de dépendance : l'une et l'autre sont temporaires et prennent fin au moment du rem-

(14) Il existe également un « κατακείμενος esclave » dont l'engagement n'est que l'accessoire d'une obligation principale contractée par son ancien maître. Cf. l'inscription dite « fragment du mur oriental » éditée et traduite par Kohler-Ziebarth, op. cit., pp. 34.35. Voir le commentaire d'Albertoni, op. cit., pp. 374-475 et ss.

(15) Nous ignorons la forme de l'acte d'autoengagement du « κατακείμενος » envers son créancier. Voir Swoboda, *Über der altgriechische Schuld knechtschaft*, Z. S. S., R. A. vol. XXVI, pp. 204-205.

Second Code de Gortyne - Col. V-VI

d'après les Inscriptions Juridiques Grecques,
vol. I, pp. 395-396

— Col. V —

- L. 1. . οι. ιμα.ν. Α[ι δέ]
2. κα μη ὁμόσει, τὸ απλι<ό>-
3. ον καταστασεῖ.
4. Αἱ δέ κα κελομένω ὦ-
5. ι κα παρῆι Γεργαδδ-
6. ἦται ἡ πέρηι, ἄπατον
7. ἤμην' αἱ δέ πωνίοι μ-
8. ἡ κελομένω, τὸν δικ-
9. αστὰν ὁμνύντα κ-
10. ρίνεν αἱ με αποπων-
11. ίοι μαῖτυρς. Ἀλλό-
12. τριον δ' αἱ τί κ' αδικ-
13. έσει ὁ κατακείμεν-
14. ρς, αὐτὸν ατῆθαι' αἱ
15. δέ κα μέ ἔκηι ὅπῳ κατα-
16. στασεῖ, ὁ νικάσανς
17. κ' ὁ καταθέμενος.....

S'il ne prête pas serment,
il paiera la valeur simple.
Si un engagé, sur l'ordre de
celui qui le détient, exploite
un terrain ou s'approprie
les fruits, il n'y aura pas de
condamnation. Si l'enga-
giste affirme que ce n'est
pas sur son ordre, le juge
statuera en prêtant ser-
ment, à moins qu'il n'y ait
déclaration d'un témoin. -

Si l'engagé a commis un
tort quelconque envers un
tiers, c'est lui qui subira la
condamnation.

S'il n'a pas de quoi
payer, celui qui l'a fait con-
damner et l'engagiste.....

— Col. VI —

- L. 1.[.πλί-]
2. οδ δέ μῆ. Αἱ δέ τι(ς)
3. τ] ὃν κατακείμεν-
4. ον αδικήσει, ὁ κατ-
5. αθέμενος μωλησε-
6. ῖ καὶ πρακσῆται τ-
7. ἄς τιμάνς αἱ ἐλευθέ-
8. ρω, κ' ὅ τι κ' ἐσπρακσ-
9. έ(τ)αι τὰν <μέ>ν ἡμῖναν ἔ-
10. κεν τὸν κατακείμ-
11. ενον, τὰν δὲ τὸν κατ-
12. αθέμενον. Αἱ δέ κ' ὁ κα-
13. ταθέμενος μῆ λῆι
14. μωλῆν, ἥ κ' αποδῶι τὸ ὁ-
15. πῆλωμα αὐτὸς μολῆ-
16. τω. Αἱ δέ τί κ' ὁ κατακεί-
17. |μενος].....

.....pas davantage. Si quel-
qu'un fait tort à l'engagé,
l'engagiste ira en justice
pour lui ; il exigera les mê-
mes indemnités que pour
un homme libre, et la som-
me obtenue sera partagée
par moitié entre l'engagiste
et l'engagé.

Si l'engagiste ne veut pas
aller en justice, l'engagé,
après avoir payé sa dette,
ira en justice lui-même. Si
l'engagé.....

boursement de la somme due (16). Des expressions presque identiques sont employées pour définir la nature des engagements (17).

De tout ce qui précède Albertoni conclut que la situation juridique du κατακείμενος constitue dans la loi de Gortyne une application particulière d'un concept général typique forgé par l'esprit gréco-oriental : celui de l'esclavage pour dettes (18). Il est extrêmement probable que cette notion de l'engagement d'une personne libre sur laquelle pèse un droit de rétention au profit de son créancier a été étendue au cas d'espèce du prisonnier racheté. Ce dernier se trouve donc à l'égard du rachetant dans une situation analogue à celle de l'esclave pour dettes vis-à-vis du καταθέμενος : il est obligé de demeurer « ἐπὶ τῷ ἀλλυσαμένῳ » jusqu'au moment du remboursement de sa rançon.

Section III. - Le Droit Grec

Notre principale source en cette matière est un passage des plaidoyers de Démosthène (19) où Apollodore raconte comment il a racheté de la captivité son ancien ami Nicostrate, contre lequel il se porte accusateur.

Apollodore obligé de s'absenter pour un service public comme triérarque avait chargé son voisin de campagne Nicostrate de veiller sur ses biens; voici dans quelles circonstances :

- | | | |
|-------------------------------|---|-----------------------------|
| (16) Second Code de Gortyne : | } | ἢ κ' ἀποδῶι τὸ ὀπῆλωμα |
| Col. VI, lignes 14-16 | | αὐτὸς μολήτω |
| Grande inscription : | | ἐπὶ τῷ ἀλλυσαμένῳ ἤμεν |
| Lignes 49-50-51. | } | πρὶν κ' ἀποδῶι τὸ ἐπιβάλλον |
| (17) Second Code de Gortyne : | | οἱ κα παρῆι |
| Col. V, lignes 4-5 | } | ἤμεν ἐπὶ τῷ ἀλλυσαμένῳ |
| Grande inscription : | | |
| Lignes 49-50. | | |

(18) Op. cit., p. 576 ss.

(19) L'attribution de ce texte est douteuse (Pseudo-Démosthène).

Voir Dareste, *Plaidoyers civils de Démosthène*, pp. 190-191, XXVIII, § 6. Apollodore contre Nicostrate, et Albertoni, op cit., p. 504 ss. et notes.

« Il fallait prendre la mer en toute hâte. Je lui écris aussitôt que je suis parti, et qu'il ne m'est pas possible de retourner chez moi. En même temps je le charge de surveiller et de gérer mes affaires domestiques, comme par le passé. Pendant mon absence, trois esclaves qu'il avait sous sa garde s'échappèrent de la culture et prirent la fuite. Deux d'entre eux étaient de ceux que je lui avais confiés, le troisième lui appartenait en propre. Nicostrate se mit à leur poursuite, mais il fut pris par une galère, et conduit à Egine où il fut vendu. »

Après diverses péripéties, Apollodore s'engage à contribuer pour 1.000 drachmes au paiement de la rançon de son ami, auquel il fournit cette somme par le moyen d'un banquier : Theocles. Mais Nicostrate revient quelques jours après : il affirme que les étrangers lui avaient prêté le reste de l'argent nécessaire à sa libération, qu'ils lui réclamaient leur créance, et que le contrat l'obligeait à payer dans les trente jours sous peine de devoir le double. Enfin, pour obtenir une nouvelle contribution d'Apollodore, Nicostrate ajoute :

« Procure-moi donc ce qui me manque sur la somme totale et avant l'expiration des trente jours. Autrement je perds les 1.000 drachmes que j'ai déjà payées et je deviens contraignable par corps. Quand j'aurai réuni les contributions de mes amis je désintéresserai d'abord mes hôtes, et après cela je te rendrai ce que tu m'auras prêté. Tu sais bien qu'aux termes des lois le captif délivré des mains de l'ennemi appartient à son libérateur s'il ne rembourse pas la rançon payée »... « . οἶσθα δ'... ὅτι καὶ οἱ νόμοι κελεύουσι τοῦ λυσαμένου ἐκ τῶν πολεμίων εἶναι τὸν λυθέντα ἐάν μὴ ἀποδιδῷ τὰ λύτρα... » (20).

(20) Sur ce texte voir :

Partsch, *Griech. Burgschaftsrecht*, I, pp. 389-390.

Beauchet, *Hist. du dt. privé de la République Athénienne*, vol. II, pp. 414-415.

Lipsius, *Att. Recht.*, p. 360.

Kohler, *Stradtr. v. Gortyn*, p. 133, § 25.

Toute la difficulté d'interprétation de ce passage réside dans la portée qu'il convient d'attribuer à l'expression « τοῦ λυσαμένου... εἶναι τον λυθέντα » qui qualifie la condition du prisonnier racheté. Dareste estime que cette terminologie présente un caractère général et imprécis (21) tandis qu'au contraire Albertoni y voit une formule juridique précise qualifiant l'asservissement pur et simple dont Nicostrate est menacé. L'auteur italien croit trouver une confirmation de sa thèse dans certaines inscriptions de l'Attique, et notamment dans une tablette votive publiée au *Corpus inscriptionum Atticarum*, vol. II, pars 3a, n° 1474 :

« σ]ωθεις ἐκ (τ)ῶμ πολέμων και λυτρωθεις... ὡν ἐλευθερωθ[εις ἀνεθε]ην ».

D'après ce fragment, la libération du prisonnier de guerre n'était possible qu'après l'intervention du rachat (σ) ωθεις ἐκ (τ)ῶμ πολέμων και λυτρωθεις) suivie en outre d'un affranchissement (ἐλευθερωθ[εις]). Albertoni (22) considère que cet affranchissement était effectué par le rachetant lui-même après le remboursement de la rançon (23) et il conclut que la condition du *redemptus* à Athènes doit être assimilée à la servitude de droit commun. D'autres inscriptions lui paraissent également décisives en ce sens (24).

Mais ces textes peuvent recevoir plusieurs interprétations différentes. Ainsi les éditeurs des *Inscriptions Juridiques*

(21) Op. cit., p. 201, note 8 : « Ce n'est pas là une disposition spéciale, c'est l'application d'une règle générale qui accorde un droit de gage à quiconque a fait des frais pour la conservation d'une chose. »

Voir aussi Zittelman, *Das Recht von Gortyn*, p. 166.

(22) Op. cité, p. 508.

(23) Voir Calderini, *La Manomissione e la Condizione dei liberti in Grecia*, Milan, 1908, p. 14 ss.

(24) Voir C. H. Michel, *Recueil d'inscriptions grecques*, Paris, 1900, n° 1414, p. 935.

Collitz-Baunak, *Sammlung Griechische Dialekt-Inschriften*, n°s 2086, 2177 et 1532 b.

Grecques (25) et Colin (26) affirment que la tablette de l'Acropole désigne des anciens esclaves libérés par reconnaissance après avoir racheté leurs maîtres de l'ennemi. Un autre système tout aussi satisfaisant consisterait à prétendre que l'hypothèse envisagée est celle d'une *redemptio* « *suis nummis* » : le captif qui avait payé sa rançon de ses propres deniers aurait été affranchi par les ennemis eux-mêmes avant de regagner sa cité d'origine.

A notre sens l'attitude la plus scientifique consiste à reconnaître notre ignorance. Il n'est pas douteux qu'à Athènes le *redemptor* exerçait un certain pouvoir de contrainte sur ceux qu'il avait libérés de l'ennemi. Mais cette contrainte est difficile à définir avec précision; et nous ne savons pas dans quelle mesure le droit athénien était plus ou moins sévère que celui de la cité de Gortyne en ce qui concerne le traitement des *redempti*.

CONCLUSION

Bien avant les Romains le rachat des captifs était déjà connu du monde antique, où il fut pratiqué sous des formes très diverses comme acte de politique étatique, de solidarité familiale, ou de spéculation privée.

En ce qui concerne l'ancien droit de l'Orient méditerranéen, le caractère fragmentaire des sources qui nous sont parvenues explique le fait que de nombreuses controverses se soient élevées entre leurs commentateurs. Dans l'état actuel des recherches, nous connaissons mal les formes et les conditions dans lesquelles intervenaient les rachats, et nous ne pouvons même pas qualifier toujours exactement la nature précise du lien juridique engendré par la *redemptio*.

(25) Vol. II, p. 247 ss. et p. 256.

(26) Colin, *Fouilles de Delphes* III, p. 122, n. 120.

Il est cependant certain que le vieux droit de la Méditerranée orientale a connu le principe de l'aliénabilité de la liberté par acte de disposition privé (27); ce principe reçut également des applications en Egypte (28); on le rencontre encore, avec des nuances particulières, dans le droit du haut moyen âge (29). A Rome où prévaut au contraire une règle diamétralement opposée, d'après laquelle « *libertas lui non potest* », la théorie de l'esclavage contractuel pour dettes n'a pas pu être appliquée dans la matière à la *redemptio ab hostibus* (30).

Dans l'antiquité, la situation juridique des prisonniers rachetés dépendait à la fois de la coutume internationale qui faisait de la captivité une des sources de la servitude, et

(27) Voir Mommsen, *Bürgerlicher u. peregrinischer Freiheitsschutz in Röm. Staat.* — *Berliner Festg. für Beseler*, pp. 225-272.

Mitteis, *Rechtsrecht u. Volksrecht*, p. 358.

Partsch, *Griech. Bürgerschaftsrecht I*, p. 41 ss.

Swoboda, *Z. S. S.*, XXVI, p. 195 ss.

Contra : Manigk, *Glaubigerbefriedigung d. Nutzung*, p. 26.

Weiss, *Pfändrechtliche unters.* 1, p. 301.

(28) De Francisci, *Il papiro Jandanæ* 62 dans *Ægyptus*, vol. I (1920), p. 78 ss.

Lewald, *Zur Personalexekution im rechte der papiri*, Leipzig, 1920, p. 71 ss.

Wenger, *Krit. Vierteljahresschrit f. Gesetzgeb. und Rechtswiss.*, 3^e Folge B 20, pp. 23-24.

Arangio Ruiz, *Persone e Famiglia nel Diritto dei Papiri*, Milan, 1930, pp. 1-22.

(29) Sur les conventions d'esclavage pour dettes en droit franc, cf. le capitulaire add. à la *Lex Ripuaria* de 803, c. 3, et le formulaire de Marculfe, II, 28. Pour l'asservissement volontaire au moyen-âge capétien consulter le cours de M. P. Petot pour le DES de droit privé 1940-1941, p. 53.

(30) Cf. D. XXXX, 12, 37 : « *Conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicujus facere potest* ».

C. VIII, 16, 16 (a. 293) « *...Cum sit manifestum obligationem pignoris non consistere nisi in his quæ quis de bonis suis fecit obnoxia* ».

C. IV, 10, 12 (a. 294) : « *Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura non patiuntur* ».

Et Paul Sent V, 1, 1 ainsi que le texte apparenté du Digeste XX, 3, 5. — De même C. IV, 43, 1 (a. 204) et II, 4, 26 (a. 294).

Sur la règle appliquée dans ces textes, voir le commentaire de M. Nicolau, *Causa liberalis*, thèse Paris, 1933, n^o 441 et note 359.

des conceptions propres aux différents droits nationaux dont les institutions internes furent utilisées pour garantir la créance du rachetant en plaçant le *redemptus* dans un état de sujétion particulier.

Lorsque sur un marché d'esclaves un ancien homme libre réduit en captivité avait été vendu à l'un de ses compatriotes, le droit commun de la vente ne pouvait conférer à l'acquéreur les mêmes prérogatives que celles dont il aurait joui s'il avait acheté n'importe quel esclave d'une nationalité différente de la sienne. Dans un tel système juridique la *redemptio* aurait été un mot et non une institution de droit (31). Mais il était également impossible de placer le captif racheté dans la même situation que celle d'un prisonnier ordinaire sans multiplier outre mesure le nombre des bénéficiaires du droit de retour (32). De plus cette assimilation aurait découragé les *redemptores* en les privant d'une garantie suffisante pour le remboursement de la rançon (33).

En étudiant la *redemptio ab hostibus* en droit romain, nous nous proposons d'expliquer comment la théorie du rachat suppose une construction juridique déjà complexe, qui devait aboutir à prolonger artificiellement l'assujettissement du prisonnier en donnant à cet assujettissement un caractère nouveau. L'intérêt essentiel de notre recherche sera de définir et de préciser le changement de ces condi-

(31) Ce point de vue a été cependant adopté par Krüger dans son étude sur le rachat des captifs à Rome. Nous lui opposons la fine remarque de Cujas. Ed. de Naples, 1758, tome 9, 1321 B. D. « *et emptio servi non facit servum eum hominem emptoris* ». La position de Krüger repose sur une fausse théorie des effets de la captivité. Cf. infra, ch. II, p. 32, note 3, et ch. IV, p. 77, note 55.

(32) Au D. XLVIII, 15, 12, Tryphoninus spécifie la raison pour laquelle Servius restreignait les cas d'application du *postliminium* : « *quia spem revertendi civibus magis in virtute bellica quam in pace Romani esse voluerunt* ».

(33) Cette considération est nettement exprimée dans une constitution des Empereurs Honorius et Theodose, au début du v^e siècle ap. J.-C. : « *ne damni consideratio... negari faciat emptionem* »,

tions de dépendance, en montrant de quelle manière celui que les ennemis vendent comme leur esclave devient un citoyen qui a été racheté de la captivité : « *liber ab hostibus captus et commercio redemptus* ».

LE RACHAT DES CAPTIFS EN DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Les principales sources juridiques romaines sur la condition des prisonniers de guerre rachetés de la captivité se trouvent au Digeste, livre XLVIII, titre XV, « *De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus* » et au Code de Justinien, Livre VIII, titre L « *De postliminio et de redemptis ab hostibus* » (1).

Il résulte de ces sources que le droit romain classe dans la catégorie des *redempti* tous ceux qui :

A) ont été capturés par l'ennemi dans des conditions ouvrant un droit éventuel au *postliminium*, (2)

B) et ont été ensuite rachetés *commercio et pecunia aliena* (3).

(1) Les textes de droit classique qui nous sont parvenus directement fournissent des renseignements intéressants sur le *postliminium* et la captivité proprement dite, mais aucun d'eux ne traite de la *redemptio ab hostibus*.

(2) Sur ce point, cf. infra le chap. I de notre thèse : « *Jus postliminii* ».

(3) Les textes opposent nettement ceux qui ont été rachetés « *jure commercii* » à ceux qui ont été délivrés par le courage des soldats romains (C. VIII, 50, 12), ainsi qu'à ceux que l'ennemi lui-même a remis spontanément au préfet de la légion (C. VIII, 50, 5). La liberté sera immédiatement restituée à celui qui aura prouvé qu'il était « *suis nummis redemptum* » (D. V, I, 67) et aucun lien ne naîtra au profit de la personne qui en rachète une autre par pitié familiale, car

Notre thèse ne traitera que de la condition juridique du citoyen romain libre qui est devenu captif des ennemis et a été racheté de cette captivité par un autre citoyen romain (4).

Dans les deux premiers chapitres de notre travail, nous nous efforcerons de montrer dans quelles conditions la théorie du *postliminium* a été appliquée aux *redempti*, et comment le droit de retour est suspendu à l'égard de ces derniers jusqu'au moment de leur libération ou de leur mort.

L'analyse systématique d'un grand nombre de textes antérieurs à la fin du troisième siècle sera effectuée ensuite en six sections successives groupées sous le titre suivant : « La condition du *redemptus* à l'époque classique ». Les résultats de cette étude pourront dès lors être utilisés dans un chapitre quatrième où l'on tentera de dégager l'origine et la nature juridique de l'assujettissement des *redempti*, ainsi que l'évolution de l'institution jusqu'aux réformes de Dioclétien et de Maximien. Le cinquième chapitre de notre thèse sera consacré à l'interprétation de deux textes particulièrement délicats sur le legs et la vente du *redemptus*.

Mais à l'époque classique un affranchissement était nécessaire pour libérer le prisonnier racheté *jure commercii* de sa condition de dépendance. L'étude de la *manumissio* du re-

« *hujusmodi contractus non de mercede, sed de tristitia repudianda cogitatur* » (C. VIII, 50, 17). Cujas (Ed. de Naples, 1758, tome 9, 1320 A et Seq) a bien systématisé ces distinctions en distinguant trois catégories de captifs : dans la première il range les « *dimissi ab host*, les *elapsi fuga*, les *virtute militum recuperati* », dans la seconde ceux qui sont tués par les ennemis ou meurent « *apud hostes* » ; dans la troisième enfin, les « *commercio redempti* ».

(4) Le terme « *Redemptus ab hostibus* » souvent employé sans qualificatif dans les sources, désigne ordinairement le *liber captus ab hostibus et commercio redemptus*. Cette dernière expression se rencontre plus rarement : cf. par exemple C. VIII, 50, 12 et C. VIII, 50, 17.

H. Krüger a donné pour sous-titre à la première partie de son article « *captivus redemptus* » (Z. S. S. n° 51 (1931), p. 203 ss.) l'expression « *civis redemptus* », qui n'est pas utilisée par les textes juridiques romains. Sans cette raison, nous l'aurions reprise pour intituler notre thèse, qui exclut l'étude de la situation du *servus redemptus*.

demptus et de sa suppression par la réforme dioclétienne fera l'objet du chapitre VI.

Dans le septième et dernier chapitre, nous traiterons de l'évolution de la *Redemptio ab hostibus* aux v^e et vi^e siècles ap. J. C.; enfin nous indiquerons avant de conclure comment cette institution s'est transformée dans le droit de Justinien, sous la double pression de l'influence gréco-orientale et de l'action sans cesse grandissante du christianisme.

CHAPITRE PREMIER

JUS POSTLIMINII

Le *Jus postliminii* est défini au D. XLVIII, 15, 16 (Ulpien, *Libro 12, ad Sabinum*) comme une fiction en vertu de laquelle celui qui revient de chez les ennemis est censé avoir toujours été dans sa patrie : « *retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit* » (1); son retour lui fait donc recouvrer tous les droits dont il jouissait avant sa captivité : « *pristinum jus suum recipit* » (D. XLVIII, 15, 19, pr. phrase finale).

La plus grande partie des textes concernant cette notion juridique a été rassemblée par les rédacteurs des compilations justiniennes à côté des fragments où se trouvait analysée la situation des captifs et celle des *redempti*, dans les mêmes titres respectifs du Code et du Digeste. Les sources nous invitent donc à faire un rapprochement que par ailleurs la logique impose, et à rechercher si le citoyen romain qui a été racheté de la captivité *jure commercii* bénéficie du *jus postliminii* dans les mêmes conditions qu'un *captivus reversus* ordinaire.

(1) Cf. aussi Pomponius, au D. XLVIII, 15, 5 § I et Paul, Loi 19 du même titre. Le *Postliminium* a subi, en droit romain, une longue évolution, et l'idée de fiction, en particulier, est relativement récente. Dans la seconde partie de notre thèse nous exposerons cette évolution, en montrant quelles ont été ses répercussions sur la *redemptio ab hostibus*.

Le retour du citoyen prisonnier sur le sol romain ou sur un territoire allié suffit seul en principe à le faire jouir de l'institution que nous étudions : « *Dictum est autem postliminium a limine et post, ut eum qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus* » (Just. Inst. I, 12, 5). La question qui fait l'objet du présent chapitre est donc la suivante : le *redemptus* profite-t-il aussi du *jus postliminii* à l'instant même de son retour, dès le moment que « *pervenit in fines* » ? Cette question est d'autant plus importante qu'elle a divisé toute la doctrine moderne, certains auteurs répondant par l'affirmative (2) tandis que les autres (3), au côté desquels nous nous rangeons, ont soutenu que l'application du *postliminium* à l'égard des *redempti* était suspendue, en droit classique, jusqu'à la libération de ces derniers du lien de dépendance auquel ils étaient assujettis à l'égard du *redemptor*.

Deux textes nous paraissent absolument fondamentaux en ce sens : tout d'abord C. VIII, 50, 5 (a. 291) :

« *Cum non redemptum ab hostibus filium tuum, sed sine ullo contractu traditum a barbaris praefecto legionis dicas, postliminii jus locum habuit, et illico ingenuitati suae reddi eum praeses provinciae jubebit.* »

Ce fragment pose le principe que ceux qui n'ont pas été rachetés *jure commercii*, mais qui ont été spontanément remis par l'ennemi au préfet de la légion acquièrent immédiatement le *jus postliminii*, et sont restitués de suite dans leur ingénuité. Comme l'a bien vu Romano, la règle contraire est admise implicitement pour ceux qui ont été rachetés par un acte à titre onéreux : le *jus postliminii* est donc suspendu à leur égard.

(2) M. Pampaloni, op. cit. i) et notes 14 *in fine*, 21, 25 et 40, n° 2.
A. Albertoni, op. cit., page 517 (note 1 continuée page suivante, et bibliographie citée).

(3) S. Romano, op. cit., § 13 et § 15 *in fine*.

H. Krüger, op. cit., § 8 « *postliminium* ».

Le second texte est le suivant : C. VIII. 50. 12 (a. 293) : « *Ab hostibus capti et non commercio redempti, sed virtute militum nostrorum liberati illico statum, quem captivitate casu amiserant, recipiunt...* »

Ce passage oppose vigoureusement les « *commercio redenti* » aux « *virtute nostrorum militum liberati* ». Alors que les seconds recouvrent immédiatement la condition juridique que la captivité leur avait fait perdre, il n'en va pas de même pour les premiers. A l'égard des *commercio redempti*, le *jus postliminii* n'opère pas « *illico* », tandis qu'au contraire il bénéficie sans délai à ceux qui ont été libérés en combattant. On considère ces derniers comme « *receptos, non captos* », et cela parce que « *militem nostrum defensorum eorum decet esse, non dominum* (4).

En faveur de la thèse de la suspension du *postliminium* à l'égard des *redempti*, il est possible d'invoquer tous les fragments des sources qui parlent de « *restituere ingenuitati* », « *pristinæ conditioni eos reddi* », et cela seulement au moment où les captifs rachetés ont été libérés à l'égard du *redemptor* par le remboursement de leur rançon ou par un acte libératoire équivalent.

Ainsi dans C. VIII. 50. 2 (a. 241), l'acte libératoire est une donation intervenant comme remise de dette du prix de la rançon (*si... donatio intercedat*), et dans C. VIII. 50. 6 (a. 291) son ingénuité est rendue au *redemptus* après un remboursement effectif (*accepto pretio*). Il en va de même dans les hypothèses où la libération du prisonnier racheté résulte de l'intention libératoire du *redemptor* — soit que ce dernier ait effectué le rachat pour épouser la captive (C. VIII. 50. 13) (a. 294) ou encore qu'il ait manifesté sa volonté sous une forme quelconque : C. VIII. 50. 17 (a. 294)

(4) Devant la précision de ces textes, nous ne comprenons pas la remarque d'Albertoni (op. cit. supra, note 1, p. 517) « *infatti ad una sospensione del postliminium si accenna soltanto (ed ivi pur vagamente) in costituzioni dioclezianee...* ».

« *vel hoc ei qualicumque remittatur indicio, statum pristinum recepit* » (5) .

Sans insister davantage sur ces derniers textes, dont Romano a savamment montré l'importance, il nous faut entrer maintenant dans le vif d'une controverse assez ancienne, puisqu'elle opposait déjà entre eux les grands humanistes de la Renaissance (6). Les deux thèses de l'application immédiate du *postliminium* et de la suspension de ce droit jusqu'à la libération du *redemptus* ont été alimentées à l'époque moderne par les critiques d'interpolation. Ces dernières ont porté notamment sur trois textes. Nous réservant d'examiner plus loin le premier d'entre eux (D. XLVIII, 15, 15) qui d'ailleurs confirme à première vue notre système, et à l'analyse duquel nous consacrerons un chapitre spécial (7), nous étudierons maintenant les problèmes que pose l'interprétation des deux autres : D. XLVIII, 15, 21, pr. et D. XLVIII, 15, 20, § 2.

D. XLVIII, 15, 21, pr. Ulpianus, libro 5 opinionum.

« *Si quis ingenuam ab hostibus redemptam eo animo secum habuerit, ut ex ea susciperet liberos, et postea ex se natum sub titulo naturalis filii cum matre manumiserit : ignorantia <domini> [mariti] ejusdemque patris, neque [statui eorum quos manumississe visus est, officere debet; et exinde intelligi oportet remissum matri pignoris vinculum, ex quo de ea suscipere liberos optaverat : ideoque eam quae postliminio reversa erat libera et ingenua, ingenuum peperisse constat]* Quod si publice praeda virtute militum recuperata, nulli pretium matris pater numeraverit :

(5) A l'appui de notre théorie, nous citerons aussi D. XLVIII, 15, 15 et D. XXXVIII, 16, 1, § 4, textes qui seront étudiés au chapitre suivant et qui prouvent que le *redemptus* meurt « *statu recepto* », alors même qu'il n'aurait pas payé le prix de la rançon.

(6) Le Président Antoine Favre soutenait que le *postl.* agissait immédiatement (*Jurispr. Papin.* tit. XI. princ VIII, ill XI). Contra cf. Cujas (*Paratitl. in Cod.* VIII, 50 dans *Opera*, Edition de Venise, II, 409).

(7) Cf. note 5 supra.

protinus postliminio reversa, non cum domino, sed cum marito fuisse declaratur. »

Dans ce texte le jurisconsulte examine le *casus* suivant : le *redemptor* a affranchi une *redempta* et les enfants qu'elle lui a donnés. Ulpien décide que la *manumissio* ne nuira pas au statut de ceux qui en ont été l'objet : ils ne deviendront pas affranchis, car ils ont recouvré leur *ingenuitas* originaire, ainsi que leur liberté, en vertu du *jus postliminii*. Cependant la fin même du texte montre que la solution classique a été altérée, car, à la différence de la femme qui a été *virtute militum recuperata*, la *redempta* était considérée comme en servitude (*cum domino*) et ne bénéficiait pas immédiatement (*protinus*) de l'action du *postliminium*. Ceci nous paraît d'autant plus certain que la fin du fragment d'Ulpien est authentifiée par les deux passages du code (VIII. 50. 5 et VIII. 50. 12) que nous avons étudiés précédemment.

Le texte original opposait déjà, dans un cas d'espèce, la situation d'une femme délivrée par les soldats romains à celle d'une *redempta* : mais les compilateurs, considérant que cette dernière, du fait de l'intention matrimoniale du *redemptor*, était devenue à son égard une femme dégagée de tout lien de dépendance servile ou quasi servile, ont réformé la solution classique. Cette correction devait leur paraître d'autant plus nécessaire que, depuis la réforme dioclétienne, la volonté du *redemptor* était suffisante pour libérer la *redempta* sans qu'il fût besoin d'une *manumissio* (8). Les commissaires de Justinien ont donc expliqué quelle interprétation il convenait de donner à l'acte superflu : « *exinde intelligi oportet remissum matri pignoris vinculum, ex quo de ea suscipere liberos optaverat* ».

Le passage que nous suspectons est d'ailleurs en contra-

(8) C. VIII, 50, 17 (a. 294) « *Liber captus ab hostibus et commercio redemptus tunc demum cum pretium solverit, vel hoc ei qualicumque remittatur indicio, statum pristinum recepit* ».

Cf. aussi C. VIII, 50, 13 et infra notre chapitre IV.

diction avec les concepts classiques qui régissaient notre matière. Une constitution postérieure à l'œuvre d'Ulpien, mais de 20 à 30 ans seulement, montre que dans un cas semblable au nôtre le statut des enfants ne dépendait que de l'affranchissement de la mère seule, pourvu que cette *manumissio* ait été antérieure au mariage (9). Mais dans l'espèce que nous étudions les affranchissements sont intervenus après la naissance des enfants. Aussi bien les mots « *ignorantia [mariti] <domini> ejusdemque patris* », que suivent un *neque* qui grammaticalement manque d'un autre « *neque* » corrélatif, prouvent que le fragment original devait faire une distinction entre le statut de la *redempta* elle-même et celui de ses fils. En ce qui concerne ces derniers, Ulpien spécifiait sans doute qu'ils étaient ingénus, et qu'il ne fallait pas les considérer comme des affranchis. C'est le principe exprimé par Paul, Sentences V, 1, 2, qui développe ses conséquences « *veritati et origini ingenuitatis manumissio quocumque modo facta non praejudicat* » (10).

Pour expliquer l'application de ce mécanisme au cas d'espèce qu'il envisageait, Ulpien n'avait qu'à employer la phrase que lui suggérerait une hypothèse apparentée au *D. XXXVIII*, 16, 1, § 1 : « *nec mirum sit ex serva ingenuum nasci, cum et ex captiva rescriptum sit ingenuum nasci* ».

Mais dans le droit de Justinien la *redempta* n'est plus considérée comme en esclavage, car le *redemptor* lui a rendu son indépendance par le seul fait qu'il l'a rachetée « *ut ex ea susciperet liberos* », lui faisant ainsi une remise de dette *tacite* du prix de la rançon (11). Les compilateurs écrivent

(9) C. VIII, 50, 2 (a. 241), deuxième phrase : « *Proinde, si ab host redemptam post [dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum] <manumissionem> in matrimonio habere coepisti, nihil est quod de statu ejus seu liberorum communium debeas pertimescere* ». Cf. infra, chap. III.

(10) A rapprocher de C. VIII, 50, 11 (a. 293) et C. VII, 14, 2 (a. 241).

(11) A rapprocher de C. VIII, 50, 13 et C. VIII, 50, 17. Cet état de droit existe depuis la réforme Dioclétienne. Cf. infra les chapitres IV et VI de notre thèse.

alors : « *ideoque eam quae postliminio reversa erat libera et ingenua, ingenuum peperisse constat* ». La précision du système juridique classique disparaît, tandis que l'action du *postliminium*, autrefois suspendue jusqu'au moment de la *manumissio*, s'exerce depuis Dioclétien dès qu'un acte équivalent, traduisant l'intention libératoire du *redemptor*, est intervenu après le retour de la *redempta* (12).

Il nous reste à examiner le dernier texte qui a été opposé à notre thèse. C'est un fragment de Pomponius appartenant au livre XXXVI du commentaire *ad sabinum* de ce jurisconsulte (13) et conservé au D. XLVIII, 15, 20, § 2 :

« *Redemptio facultatem redeundi praebebat, non jus postliminii mutat* » (14).

Ce passage peut se traduire de la manière suivante : « le rachat donne la faculté de retour, sans changer l'action juridique (*mutare*) du *postliminium* » (15).

Pour nous, l'interprétation de ce texte est très simple :

(12) Cf. textes cités à la note 11 page précédente. Romano (op. cit. § 14 *in fine* et § 15 page 41) a bien vu que le *postl.* était suspendu en droit classique jusqu'à la libération de la *redempta*. Cependant, comme cet auteur n'a pas discerné le fonctionnement de la *manumissio* du *redemptus* à l'époque classique, il n'est pas parvenu à analyser la portée du texte original d'Ulpien. D'autre part, il a cru à tort (comme nous le montrerons au chapitre suivant en étudiant D. XLVIII, 15, 15) que le *postl.* opérait immédiatement dans le droit de Justinien. Son opinion ne paraît exacte dans le cas d'espèce que nous venons d'examiner, que parce que l'intention matrimoniale et libératoire du *redemptor* était concomitante à la *redemptio* elle-même.

(13) C'est la supposition de Lenel, *Paling.*, II, 147.

(14) La phrase finale de D. XLVIII, 15, 20 peut être isolée de son contexte sans inconvénient. Le *principium* de la loi 20 exprime la règle déjà bien affirmée à l'époque classique que le *postl.* ne peut jouer qu'au profit de ceux qui ont eu l'esprit de retour « *si sua voluntate apud hostes mansit... non est ei postea postliminium* ». Le § 1 montre que le jeu du *postl.* est au contraire automatique en ce qui concerne le « *jus amissae rei recipiendae ab extraneo* ». Ce sont deux aspects différents du *jus postliminii*; le *principium* est à rapprocher de D. XLVIII, 15, 26; le § 1 de D. I, 8, 6, et surtout de D. XI, 7, 36.

(15) Nous écartons la correction de « *redeundi* » en « *reluendi* » déjà proposée à l'époque de la renaissance. Cf. à cet égard le Président A. Favre, *Jurisprudentiae Papinianae scientia*, Tit. XI, princ VIII, ill XI et De Retes, dans Meerman, *Thesaurus*, T. VI, page 301.

Pomponius affirme que le *postliminium* est appliqué au *redemptus* conformément au droit commun; mais il ne précise pas à quel moment cette application intervient.

On ne peut mieux expliquer le fragment D. XLVIII, 15, 20, § 2 qu'en citant certains autres passages des sources qui lui sont apparentés : par exemple D. XLVIII, 15, 12, 12 *Tryph. Libro 4 disputationum* : « *si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur* »; § 13 : « *si plurium servus fuerat, et omnium nomine ei qui redemit restitutum pretium erit, in communionem redibit* », et enfin § 16 « *sed si in captivo servo talis praecesserat causa, quae ejus vel ad tempus vel in perpetuum libertatem impediret, nec redemptione ab hostibus mutabitur* » (16).

Prétendre, comme Albertoni (17), que Pomponius veut appliquer le *jus postliminii* dès le moment même de la *redemptio*, c'est à notre sens forcer la pensée du jurisconsulte. Une telle interprétation implique en effet le raisonnement suivant : la *redemptio* donne la faculté de retour (*facultatem redeundi praebe*t); or, le *postliminium* est une conséquence directe du retour sur le sol romain ou sur un territoire allié. Donc la *facultas redeundi* engendre l'application immédiate du *postliminium*.

Ce syllogisme est contredit par la forme même du texte qu'il prétend interpréter (affirmation suivie d'une négation : *facultatem red. praebe*t, non *jus post. mutat*). En outre il contient une majeure inexacte : le retour sur le sol romain ne suffit à faire jouer la fiction que si à la condition

(16) H. Krüger (op. cité, zweiter teil, « *servus redemptus* », § 17 « *besondere fälle* », note 1) a déjà exprimé l'idée que D. XLVIII, 15, 20, § 2 et D. XLVIII, 15, 12, § 16 étaient des fragments d'inspiration semblable; commentant ce dernier texte, il écrit « *ähnliches hatte vielleicht Pompon. L. 20, § 2 D. h. t. in dem jetzt rätselhaften satze gesagt* ». Pour nous, le caractère énigmatique (*rätselhaft*) de la phrase de Pomponius vient seulement de ce qu'elle a été isolée de son contexte par les compilateurs.

(17) Op. cit. page 517, note 1, continuée page suivante.

matérielle vient s'ajouter une condition intentionnelle (D. XLVIII, 15, 12, 9 : « *non eorum enim postliminio revertatur, nisi qui hoc animo ad suos venisset, ut eorum res sequeretur* »). On ne peut présumer que cette condition intentionnelle soit réalisée ici : l'expression « *facultas redeundi* » nous paraît même curieuse en ce sens qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un choix donné au captif (il ne dépend pas du « *servus hostium* » d'être racheté ou non) tandis que d'autre part le retour à Rome conduira peut-être le *redemptus* dans la prison privée de son créancier (18). Il en irait tout autrement si la *redemptio* mentionnée par le D. XLVIII, 15, 20, § 2 n'avait pas eu lieu *jure commercii*. Pourquoi ce texte n'aurait-il pas concerné le rachat d'un prisonnier de guerre par piété familiale (cf. C. VIII, 50, 17) ?

Nous croyons donc avoir démontré que l'application du *jus postliminii* à l'époque classique était suspendue à l'égard des *redempti ab hostibus* jusqu'à la libération de ces derniers (19). Les nombreuses difficultés auxquelles se sont heurtés les auteurs qui ont soutenu la thèse contraire (20) nous confirme dans cette manière de voir.

Si le *postliminium* agissait immédiatement, c'est-à-dire dès le retour du captif racheté dans sa patrie, et avant le remboursement de sa rançon, le *redemptus* recouvrerait aussitôt, tant sur son patrimoine que sur les personnes sujettes

(18) En général, le mot « *facultas* » est employé par les juristes romains dans le sens de « pouvoir de fait », de possibilité de droit (*potestas, licentia*) et non dans celui de faculté de choisir (*arbitrium*).

(19) Notre thèse se limite à l'étude de la condition juridique des *cives redempti*. En ce qui concerne la *redemptio* des esclaves, une mesure législative, la *constitutio quæ de redemptis lata est*, suspendit l'application du *postliminium* jusqu'au remboursement du *redemptor* par l'ancien maître du *servus* (D. XLVIII, 15, 12 §§ 7 et 8). D'ailleurs, le texte de Pomponius (D. XLVIII, 15, 20, § 2) ne s'applique peut-être qu'à cette hypothèse.

(20) Pampaloni et Albertoni, notamment, semblent guidés dans leurs raisonnements par l'idée préconçue que le *redemptus* était, en droit classique, *in causa mancipii*. C'est pourquoi ils ont négligé d'approfondir l'étude du *jus postliminii* en ce qui concerne notre matière.

à sa puissance, tous les droits que sa captivité lui avait fait perdre. Cette conséquence logique est contraire aux affirmations des sources classiques. Aussi bien les auteurs qui admettent l'efficacité immédiate du *jus postliminii* sont-ils obligés de convenir que cette efficacité est restreinte (21). Le *redemptus* redeviendrait citoyen, libre et ingénu. En outre, il recouvrerait tous les droits dont il jouissait avant sa captivité sans pouvoir cependant se faire inscrire sur les rôles de l'armée (22) tandis que ses liens d'agnation demeureraient rompus avec les siens (23), et que le *redemptor* pourrait impunément prostituer la captive qu'il a rachetée (24). Singuliers effets d'un droit de *postliminium* qui serait appliqué au *redemptus* d'une manière toute différente qu'au *captivus reversus* ordinaire ! Cette explication est d'une absurdité manifeste, car elle contredit directement le texte qu'elle prétend interpréter : « *redemptio... non jus postliminii mutat* ». En même temps elle se contredit elle-même, puisque le *redemptus* ne jouit effectivement du *postliminium* que si « *pristinum jus suum recipit* » (D. XLVIII, 15, 19).

En définitive il nous paraît que la situation juridique du *redemptus* à l'époque classique était très différente de celle du *captivus reversus* ordinaire. A la différence de ce dernier, le *redemptus* ne recouvrait pas son statut primitif dès le moment de son retour sur le sol romain. Le lien qui l'assujettissait à son *redemptor* jusqu'au remboursement de la rançon (ou plus tard jusqu'à un acte libératoire équivalent) était cependant temporaire. La dureté de sa condition était adoucie par l'espérance qu'elle prendrait fin un jour, par la *spes postliminii*. C'est donc à juste titre qu'un fragment

(21) Albertoni est obligé de reconnaître que, malgré l'application immédiate du *postl.*, le *redemptus* « *restava tuttavia ancora soggetto ad alcune incapacità ed escluso da alcuni rapporti giuridici (con ad es. i vincoli di agnazione)*. »

(22) D. XLVIII, 16, 8.

(23) D. XLVIII, 15, 15 et D. XXXVIII, 16, 1, § 4.

(24) Raisonnement *a contrario* sur C. VIII, 50, 7.

d'Ulpien, au D. XLVIII, 16, 8 de *re militari*, compare ceux « *qui ab hostibus redempti sunt, priusquam [se luant] <manumittantur>* », avec la catégorie de ceux *qui status controversiam patiuntur* ».

CHAPITRE II

LA MORT DU REDEMPPTUS

Les juriconsultes de l'époque classique considèrent que les droits du citoyen romain retenu prisonnier par l'ennemi ne sont pas éteints (1) mais simplement suspendus. Cette conception est attestée de la manière la plus nette par un texte de Gaius, au D. XXVIII, 5, 32, § 1 :

« ...*quia jure postliminii omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpuntur...* » (2).

Cependant, malgré l'apparente généralité de ce principe.

(1) Il en allait encore autrement au début de l'Empire. Un texte de Paul Diacre range celui qui est tombé en captivité parmi les *capite minuti*. Festus écrit : « *deminutus capite appellatur qui civitate mutatus est...*, et qui in hostium potestate venit ». De même Tite-Live : XXII, 60 « *sero nunc patriam desideratis, deminuti capite, servi Carthaginiensium facti* ». Cf. R. Monier, Manuel, Ed. 1938, I, n° 233. « *Evolution de la notion de capitis deminutio* », et page 401 du même ouvrage, note 5.

(2) Contrairement à Bechmann (*Das jus postliminii und die lex Cornelia*, Erl. 1872, page 84), nous estimons avec L. Sertorio (*La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, page 68, note 3), que la substance de ce passage de Gaius est authentique. Pomponius précise au D. XXXVIII, 4, 13, § 2 : « *quod inquit senatus : si ex liberis quis in civitate esse desiisset, eum significat qui in perpetuum in civitate esse desierit, non etiam si quis ab hostibus captus reverti possit* », et Papinien, au D. XXXVIII, 16, 15, phrase finale, affirme que l'état d'un père prisonnier n'est pas anéanti, mais en suspens : « *cum ex eo natus potestatis ipsius fiat per suspensi juris constitutionem* ». Cf. également D. XLVIII, 15, 12, § 1.

une distinction s'impose. Aux II^e et III^e siècles de Rome, la captivité entraînait l'extinction des droits personnels et intransmissibles (3) du *caplus ab hostibus*. La théorie de l'effet suspensif fut sans doute introduite, sous l'influence de la pratique, en ce qui concernait les droits de nature patrimoniale; et ceci eut dès lors pour résultat de faire considérer le prisonnier, à certains égards, comme une personne juridiquement existante, ayant la *testamenti factio* passive (4) et représentée par un *curator*, un *fidejussor*, ou un *defensor* (5).

(3) Cf. pour la perte du droit de cité : D. XXVIII, 3, 6, § 5; D. XLVIII, 15, 5, § 1; Paul. Sent., III, 4^a, 8 et 9 et D. XXXVIII, 2, 33.

Pour la perte de la liberté : Jus. Inst. I 12, 5; D. XLVIII, 15, 5, § 2 et D. L, 16, 3, § 1.

Sur la nature juridique de la *Servitus hostium*, nous suivons l'opinion dominante de Beckmann (op. cité supra), Karlowa (*Röm. Rechtsgesch.*, page 117), Buckland (*The Roman Law of slavery*, page 448), Sertorio (op. cité, page 462) et H. Krüger (op. cité, page 206), qui soutiennent qu'à l'époque classique, la captivité du citoyen entraîne non seulement un esclavage de fait, mais encore des effets juridiques reconnus par le droit romain lui-même. Contra : cf. Mommsen (*Festgabe für Beseler. Ges. Schr.*, t. III, page 1 et svtes), Ferrini (*Pandette*, page 63), Sohm (*Inst.*, page 202), Desserteaux (*Etudes historiques sur la C. D.*, pages 82 et 137), Cuq (*Manuel*, 1917, page 112, n° 8) et Girard (*Manuel*, Ed. 1911, page 193).

Bien que certains textes semblent assimiler la condition du prisonnier de guerre à la servitude romaine (voir Ratti op. cit., p. 192 et note 29, ainsi que les textes cités dans notre ch. IV, infra, p. 77 et note 55), le *servus hostium* n'est pas dans une situation juridique absolument identique à celle d'un esclave romain ordinaire. Il jouit en effet de la *spes postliminii* (D. XXXVIII, 2, 4, § 2 et X, 2, 23). Bien qu'il ne soit pas considéré en droit classique comme un absent (D. L, 16, 199, § 1 « *abesse non videtur qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur* ») son patrimoine est néanmoins protégé comme celui d'un homme libre *in servitute* (D. IV, 6, 11 et 14). Dans le droit de Justinien, les similitudes entre la captivité et l'absence sont encore beaucoup plus nettes (D. XXIII, 2, 9, § 1 et Inst., IV, 6, 5).

(4) Cf. D. XXVIII, 5, 32, § 1 « *itaque si reversus fuerit ab hostibus, adire hereditatem poterit* ». Cf. également D. XXXVIII, 17, 2, § 7; XXXVII, 4, 1, § 4; Paul. Sent. IV, 8, 24.

(5) Les créanciers peuvent faire saisir les biens du captif, mais non les vendre avant son retour. D. XIII, 5, 11 pr; XLII, 4, 6, § 2. Paul. Sent. V, Vb, 2; ils agissent contre le curateur, s'il y en a un, ou contre la personne disposée à défendre le captif. Mais ce dernier ne peut avoir de *procurator* : D. XXXVIII, 3, 7, § 1.

D'un texte d'Ulpien au D. XXXVIII, 16, 1. § 4 (6), il résulte certainement que le *servus hostium* n'est plus considéré comme *capite minutus* au III^e siècle ap. J. C. Aussi bien ses enfants, quoique leur père soit tombé en captivité, ne seront pas de ce fait appelés à la succession de leur grand-père :

« *Si filius suus heres esse desiit, in ejusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt. Quod naturali aequitate contingit. ...Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna vel minore exiit de potestate. Quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit, nepotes non succedunt* » (7).

Ainsi le fils de famille prisonnier des ennemis ne cesse pas pour cela de demeurer héritier sien. Et la phrase suivante d'Ulpien indique qu'il en va de même lorsque le captif a été ensuite l'objet d'une *redemptio* : ses propres héritiers ne seront pas appelés encore à succéder à sa place :

« *Proinde, et si fuerit redemptus, nondum [succedunt ante luitionem] <..?> (8). Sed si interim decesserit, cum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstat.* »

(6) A rapprocher de Paul, D. XXXVIII, 2, 4.

(7) Ce fragment D. XXXVIII, 16, 1, § 4, peut être considéré comme un commentaire des *Institutes* de Gaius II, 156 « *Sui autem et necessarij heredes sunt velut filius filiave nepos neptisve ex filio (et) deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt. Sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est ut pater quoque ejus vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus, aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt.* »

(8) Lenel (Dig. Ed. Mommsen, p. 630, note 10) considère comme une glose la finale « *ante luitionem* ». Pourtant, cette expression commande le « *interim* » qui suit, et dont le sens signifie « entre la *redemptio* et la *luitio* ».

Le texte correspondant des *Basiliques* (XLV, 1, 14 Heimbach, vol. IV, p. 477) porte : « ὅτε μὴν εἰ ἡγοράσθη παρὰ τῶν πολεμίων ». = « *sed neque si redemptus fuerit ab hostibus...* ». Dans l'édition du *Digeste* de 1870 (vol. II, p. 365), Krueger propose « *nondum succedit* » au lieu de « *nondum succedunt* », et ajoute, après avoir cité la version grecque : *at hoc certe Ulpianus non posuit perversum et absurdum filios redempti in patris locum succedere post luitionem* ».

Nous croyons que le texte a été remanié par suite de la suppression

L'explication de ce texte permet de dégager trois importantes conclusions concernant le rachat des captifs en droit romain :

1. — Lorsqu'à l'époque classique une théorie de la suspension des droits du prisonnier vint se superposer aux anciens principes qui assimilaient la captivité à la mort (9), la situation du *redemptus* fut considérée dans une certaine mesure comme parallèle à celle du *captus ab hostibus*. Dans les deux cas fut prohibée la dévolution définitive des biens qui auraient dû constituer la succession du captif retenu par les ennemis, ou racheté de leur emprise.

2. — La *redemptio* à elle seule ne procure pas le bénéfice du *postliminium* à celui qui en a été l'objet, puisque ce dernier ne sera pas considéré comme ayant retrouvé son ancien statut pendant sa vie. Cette remarque confirme la conclusion de notre précédent chapitre.

3. — Un certain parallélisme a été établi entre la situation du captif mort *apud hostes* et celle du *redemptus* décédé *apud redemptorem*. C'est sans doute en vertu d'une mesure de bienveillance jurisprudentielle (comme l'indique le « *placeat* » du texte) que le captif racheté est censé être mort « *statu recepto* ». Et la question se pose de savoir par quelle interprétation juridique l'application de cette mesure de faveur a été rendue possible.

Certains auteurs (10) ont pensé que la fiction cornélienne, suivant laquelle le prisonnier décédé *apud hostes* était censé mourir au moment de sa capture (11) a été étendue, par

de l'affranchissement du *redemptus* à la fin du troisième siècle. Le fragment classique devait comporter après le mot *ante* un passage traitant de la situation du *redemptus* après la *manumissio*.

(9) Cf. *supra*, présent chapitre, page 31, notes 1 et 2.

(10) Romano, *op. cit.*, §§ 11 et 13, pages 31 et 36.

Krüger, *op. cit.*, erster teil, § 9 der tod des *redemptus*.

(11) Sur la loi Cornelia, nous avons consulté Bach (*Historia juris-prudentiæ romanæ* Lipsiæ, 1807, pages 177-178) Hase (*Jus postliminii und die fictio legis Corneliæ*. Halle, 1851), Bechmann (*op. cit. supra*), Sertorio (*op. cit. supra*), Solazzi (*Tutele e postliminio* Ist. Lomb., 1916),

voie d'analogie, à l'hypothèse du trépas du captif racheté *apud redemptorem*. Cependant cette opinion ne nous paraît pas rigoureusement fondée, et nous croyons qu'on peut lui opposer les arguments suivants :

1. — L'expression « *status receptio* » n'est employée pour désigner l'effet de la fiction cornélienne dans aucun autre passage des sources qui nous sont parvenues.

2. — L'emploi de cette théorie perd la plus grande partie de son intérêt en cas de *redemptio*, puisque le *redemptus* est mort effectivement *in civitate*, et que d'autre part, à la différence du prisonnier de guerre, on peut non seulement prouver le fait de son décès, mais encore en préciser rigoureusement la date.

3. — Enfin la phrase finale du D. XXXVIII, 16, 1, § 4 doit être rapprochée d'un autre fragment d'Ulprien, tiré du 12^e livre *ad Sabinum* de ce jurisconsulte, au D. XLVIII, 15, 15 :

« *Si pater redempto, et ante [lutionem] (12) defuncto, filius post mortem ejus redemptionis quantitatem offerat, dicendum est suum ei posse existere : nisi forte quis subtilius*

les thèses françaises de Bés du Berc (Paris 1888), Blocailles (Strasbourg 1866), Corne (Dijon 1895), Lhomme (Paris 1873), Pilet (Rennes 1885) et l'article d'Elemér Balogh (der Urheber und das alter der fiktion des Cornelischen Gesetzes, dans *Studi in onore di P. Bonfante*, Milan, 1930, vol. IV page 684 et suivantes). Une longue évolution s'est produite dans cette matière. Tout d'abord une loi Cornelia de Captivis dont on peut situer la date entre 672 et 675 ab. U. C. se borna sans doute à feindre que le prisonnier décédé en captivité était mort *in civitate* (Règles d'Ulprien, XXIII, 5, Paul. Sent., III, IV, 8). Plus tard seulement fut introduite la notion de rétroactivité (D. XLVIII, 15, 18 « *in omnibus partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est* », et aussi D. XLI, 3, 44, § 7 « *quia tempora captivitatis ex die quo capitur morti jungeretur* »). Cependant, nous ne pouvons suivre la thèse de Beseler (Z. S. S. 45, 1925, R. A. pages 192 et suivantes), qui attribue aux compilateurs une réforme totale de notre matière et l'introduction de la fiction cornélienne dans les textes classiques par voie d'interpolation « *der Satz, dass der reversus als nie gefangen gewesen gilt, und der Satz, dass der apud hostes mortuus als im augenblicke der gefangennahme gestorben gilt, gehören Justinian* ».

(12) Il faut lire [lutionem] <manumissionem>. Voir infra ch. VI.

dicat hunc, dum moritur [quasi jure pignoris finito] nactum postliminium [et sine obligatione debiti obisse] ut poterit suum habere. [Quod non sine ratione dicitur (?)].

Il résulte de ce texte que le fils d'un prisonnier racheté de la captivité et mort avant d'avoir remboursé sa rançon pourra être considéré comme l'héritier sien de son père s'il offre de désintéresser le *redemptor* « *si post mortem ejus quantitatem redemptionis offerat* ». Le jurisconsulte précise ensuite qu'un raisonnement plus subtil ferait de la libération du père une application du *jus postliminii* entraînant l'extinction du droit de gage auquel le *redemptus* était soumis avant son décès.

De nombreuses interprétations de ce passage ont été proposées. Pampaloni (13) et Krüger (14) expliquent chacun d'une manière différente la rupture des liens d'agnation du *redemptus*, en soutenant respectivement que le captif racheté était au moment de sa mort sous le *mancipium* ou sous la puissance dominicale du *redemptor*. Mais l'auteur allemand et le savant italien estiment l'un et l'autre que toute la seconde partie du texte a été remaniée (à partir de : *nisi forte... »*).

Sans examiner encore ces théories, qui n'apportent ici aucune lumière nouvelle, nous considérons avec Beseler (15) et Albertario (16) qu'il existe une contradiction manifeste entre la partie initiale du D. XLVIII, 15, 15 et la phrase finale. Cette dernière a certainement été remaniée, tout au moins dans sa forme.

Nous n'attachons qu'une importance relative à la critique du « *nisi forte* » qui serait le type des formules de

(13) Op. cit. lettre h) et note 36.

(14) Op. cit. erster teil, § 9.

(15) Op. cit. p. 439 « Der seltsame ausdruck *pignus finitur* ist unecht auch in gänzlich unechten zweiten Satze von D. XLVIII, 15, 15. »

(16) Albertario. Note esegetiche minime in materia di pegno. Z. S. S. 32, pp. 350-351.

raccord employées par les compilateurs (17). Une construction telle que « *sine obligatione debiti... ut* » est sans doute assez peu classique. Cependant malgré le « *non sine* » de la conclusion, qui s'explique peut-être par une simple inadvertance formelle, nous croyons que la substance même du raisonnement d'Ulpien est bien classique.

En effet, le jurisconsulte expose deux solutions dont il rapporte l'une (*dicendum est*) et dont il propose l'autre (*quod... dicitur*). Cette dernière paraît seule n'être pas dépourvue de raison (*non sine ratione*). Or c'est précisément celle qui fait jouer le *postliminium* à la mort du *redemptus* sans subordonner son application au remboursement par l'héritier de la *redemptionis quantitas*. Elle confirme donc de façon entière le témoignage du D. XXXVIII, 16, 1, § 4 : « *sed si interim decesserit, cum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstat* ».

A notre sens les textes que nous venons d'étudier ne font que traduire une importante évolution historique, qui n'avait pas été discernée encore, et que nous croyons s'être accomplie en trois stades successifs :

A) Dans une première période, antérieure à celle que caractérise le « *dicendum est* » de D. XLVIII, 15, 15, le *redemptus* mort *ante luitionem* ne peut pas avoir d'héritier sien. Tout ce qu'il possède au moment de sa mort appartient au *redemptor*. Krüger a bien vu ce qu'était cet état de droit : mais nous montrerons plus loin qu'il en interprète faussement la nature (18). En outre, c'est à tort qu'il le prolonge pendant toute la période classique.

(17) Cette expression a été également critiquée par F. Pringsheim, « *Subsidiarität und Insolvenz* », Z. S. S. 41, Miscellen, p. 258 et note 2.

(18) Op. cit. Erster teil, § 9 der tod des *redemptus* : « als klassisches recht stelle ich mir vor : der *redemptus* ist als sklave auf römischen gebiet gestorben; eine einlösung ist nicht mehr möglich; das *postliminium* ist damit aufgeschlossen ». La position de Krüger n'est ici que la conséquence de sa théorie générale : le *redemptus* serait l'esclave, selon le droit commun, de celui qui l'a racheté.

B) Car il fut admis plus tard que le lien d'agnation primitif pouvait être rétabli lors du décès du prisonnier racheté de la captivité, mais cependant sous cette condition que le *redemptor* serait désintéressé par l'offre du montant de sa créance : « *si filius post mortem ejus redemptionis quantitatam offerat* ». Le fondement de cette solution n'est pas précisé : il découle néanmoins des idées qui dominent notre matière : l'assujettissement du *redemptus* n'a pour seul but que de garantir le paiement d'une dette. Le remboursement de la rançon est de droit (19) et constitue une obligation pour la famille du prisonnier racheté (20). Cette obligation remplie, le lien d'assujettissement disparaît. Quoi d'étonnant à ce que ces principes aient reçu une application tardive, mais utile encore, lorsque le *redemptus* venait de cesser de vivre ?

C) Dans le dernier état de la doctrine, que nous révèle la seconde partie du D. XLVIII, 15, 15, on songea à faire intervenir automatiquement la théorie du *postliminium* au moment du décès du prisonnier racheté. De cette manière l'héritier sien se trouve dispensé du remboursement de la rançon. La mort est assimilée à la *luitio*, et constitue dès lors une cause particulière et indépendante d'extinction du lien né de la *redemptio ab hostibus*.

Dans l'état actuel des sources, il nous est impossible de dater exactement les différents stades de cette évolution. Cependant le dernier d'entre eux devait être révolu à l'époque d'Ulpien. A cet égard notre opinion se fonde sur la correspondance des deux expressions « *statu recepto* » au D. XXXVIII, 16, 1, § 4 et « *nactum postliminium* » au D. XLVIII, 15, 15. Cette concordance de termes ne saurait être

(19) C'est ce qui résulte de C. VIII, 50, 2 (*quoad exsolvatur pretium*) et de C. VIII, 50, 6.

(20) Tout au moins une obligation naturelle. Cf. D. XXVIII, 7, 9 et surtout D. XXIV, 3, 20.

fortuite. Elle nous confirme dans cette pensée que la seconde partie du fragment D. XLVIII, 15, 15, n'est pas interpolée dans sa substance aussi profondément que certains auteurs l'ont affirmé (21).

(21) Signalons ici l'intéressante mais hypothétique reconstruction de Romano, op. cit., § 11 *in fine* : « *nisi forte qui subtilius dicat, dum moritur [quasi jure pignoris finito Trib] nantum postliminium [et sine obligatione debiti Trib] <statu recepto> obisse ut potuerit suum habere. Quod non sine ratione dicetur* ».

Comme nous le montrerons plus loin (infra ch. VII), c'est la notion de gage (« *quasi jure pignoris finito* ») qui a été introduite dans notre matière par voie d'interpolation.

CHAPITRE III

LA CONDITION DU REDEMPTUS EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

La principale conséquence de la suspension du *jus postliminii* à l'égard du prisonnier racheté de la captivité est de faire perdre à ce dernier son indépendance, jusqu'au moment du remboursement de sa rançon. L'idée précédente unit étroitement entre elles les six sections que nous avons groupées dans le présent chapitre.

L'analyse préalable d'un certain nombre de textes était en effet indispensable pour permettre de présenter ensuite une théorie juridique de l'assujettissement des *redempti ab hostibus* pendant la période classique.

Section I.

« Redempto facultas non datur recedendi »

L'un des moyens juridiques qui protègent la condition de l'homme libre est l'interdit prétorien *de homine libero exhibendo*; Ulpien en commente le mécanisme dans son 71^e livre *ad Edictum*, où il explique que cet interdit est proposé « *tuendae libertatis causa : videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam* » (D. XLIII, 29, 1, § 1) (1).

Les conditions dans lesquelles le *redemptus* bénéficie de la protection du prêteur sont examinées ensuite par le jurisconsulte au D. XLIII, 29, 3, § 3. Ulpien lib^o 71 *ad Edictum* « *Si quis eum, quem ab hostibus redemit, retineat, in ea causa est, ut interdicto non teneatur : non enim dolo malo facit. Plane si offertur pretium, interdictum locum habet. Sed et si eum remisit pretio non accepto, dicendum est interdicto locum fore, si posteaquam semel remisit, velit retinere.*

Ce texte fournit deux séries d'indications que nous commenterons successivement : l'une concerne l'extinction du lien né *ex redemptione*; l'autre le droit exercé par le *redemptor* entre la *redemptio* et la *lucio*.

1^o EXTINCTION DU LIEN NÉ « EX REDEMPTIONE ».

Le lien qui enchaîne le *redemptus* semble prendre fin dès le remboursement de la rançon : l'offre du prix entraînant l'application de l'interdit, et le *redemptor* pouvant être forcé à exhiber. C'est qu'en effet la situation de dépendance des prisonniers rachetés est essentiellement temporaire : elle est établie « [*quoad exsolvatur pretium*] <*manumittantur*> ». (C. VIII, 50, 2).

Mais en réalité nous nous trouvons en présence d'un

(1) Dans le système classique, l'interdit *de libero homine exhibendo* a pour but de compléter la loi *Fabia de plagiariis*.

Cf. Huvelin, *Furtum*, p. 165.

fragment altéré : car la dernière phrase « *sed et si eum...* » concerne l'hypothèse où le *redemptor*, qui a renvoyé le *redemptus* sans accepter son offre de remboursement, veut ensuite le retenir à nouveau ; et le texte précise que dans ce cas il y aura lieu à l'application de l'interdit. Ceci conduit à penser que tout le passage final (à partir de « *plane si offer-tur pretium...* ») a été remanié par l'insertion de deux gloses empruntées à un manuscrit de l'œuvre d'Ulpien où elles furent sans doute introduites après la réforme dioclétienne (2).

2° DROIT DU REDEMTOR MEDIO TEMPORE.

Entre la *redemptio* et l'affranchissement, le *redemptor* exerce sur celui qu'il a racheté un droit de rétention dont il nous faut préciser maintenant le fondement et l'étendue.

(2) Les deux hypothèses envisagées correspondent en effet aux deux périodes successives de cette réforme : (Cf. infra, chap. La *manumissio* du *redemptus*).

1° *Plane si offertur pretium, interdictum locum habet...* Cf. C. VIII, 50, 6 (année 291).

2° *Sed et si eum remisit pretio non accepto, dicendum est interdicto locum fore, si posteaquam semel remisit, velit retinere...* Cf. C. VIII, 50, 11 et VIII, 50, 17 (années 293 et 294).

Le même ordre se retrouve encore aux Basiliques (LX, XLVII, III. Edition Heimbach, vol. V, page 822).

Cette critique d'interpolation a été proposée pour la première fois par Albertoni (op. cit., page 521 et note 1).

A l'époque d'Ulpien, l'offre du prix ou la « *remissio* » (qui n'est pas une remise de dette, mais le fait de renvoyer le captif racheté *pretio non accepto*) envisagées par le jurisconsulte n'entraînaient pas alors une véritable libération à proprement parler, mais donnaient lieu à une espèce d'affranchissement *non solennel* qui procurait au bénéficiaire une certaine indépendance. Ce n'est que plus tard, à l'époque dioclétienne, que le *redemptor* pourra réintégrer l'ancien captif dans son statut primitif par une simple manifestation de volonté. Pendant la période classique, au contraire, la « *remissio* » non accompagnée d'un acte d'affranchissement formel ne produit qu'un effet purement matériel. Sans doute lorsque le *redemptor* revenait sur sa décision et prétendait retenir le *redemptus* à nouveau, ce dernier avait-il la ressource d'obtenir, grâce à un procès en liberté, l'affranchissement véritable qui lui permettait de retrouver définitivement sa condition juridique primitive.

A) La *Facultas retinendi*. Sa justification.

La *Facultas retinendi* exercée sur le prisonnier racheté dont elle empêche l'exhibition est justifiée par Ulpien dans les termes suivants : « *non enim dolo malo facit* » le *redemptor* n'agit pas par dol. Il faut voir dans ce commentaire une référence incontestable aux paroles mêmes du prêteur dans son édit : « *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas* ».

Nous croyons cependant qu'il est possible d'aller plus loin que cette interprétation purement verbale en rapprochant le texte que nous étudions de deux autres passages d'Ulpien, rapportés respectivement au D. XLIII, 29, 3, § 2 et au D. XXVIII, 1, 20, § 1 :

D. XLIII, 29, 3 § 2

Ulpian L. 71 *ad Edictum*

« *Is tamen, qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia dolo malo non videtur habere qui suo jure utitur* ».

D. XXVIII, 1, 20, § 1

« *Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus : quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat* ».

Ces fragments doivent être utilisés avec précaution car le premier d'entre eux vise à n'en pas douter une hypothèse originairement distincte de la *redemptio*, et le second précise simplement les personnes incapables de témoigner à un testament parce que placées *sub potestate redemptoris*. Nous montrerons plus loin l'erreur de la majorité des auteurs qui le considère comme partiellement interpolé (3). Cependant, même en admettant — ce qui est faux — que la phrase « *quamvis placeat hunc servum non esse...* » présente le caractère d'une glose attribuée à Ulpien par les compilateurs du Digeste, il n'en demeurerait pas moins qu'à une

(3) Sur ce point, voir *infra* la 2^e section du présent chapitre, p. 45 et ss.

certaine époque le droit de rétention sur le *redemptus*, considéré comme le trait caractéristique de l'institution que nous étudions, a été rattaché à l'usage d'une *potestas* exercée par le *redemptor* sur le prisonnier racheté de la captivité. A la base de cette puissance, il y a en outre la dette née du paiement de la rançon (« *donec pretium solvat* »).

Tels sont donc les trois résultats fondamentaux de la *redemptio* : une dette, une *potestas*, un *jus retinendi*. Ces éléments justifient l'action du *redemptor* et suffisent, comme Ulpien l'affirme au D. XLIII, 29, 3, § 4, à empêcher l'emploi de l'interdit exhibitoire :

« *Et generaliter, qui justam causam habet hominis liberi apud se retinendi, non videtur dolo malo facere.* »

B) *Etendue et portée de la Facultas retinendi.*

Le droit de rétention exercé sur le *redemptus* oblige ce dernier à demeurer auprès de son maître; cette situation correspond en droit romain à celle exprimée par l'« ἐπὶ τινὶ εἶναι » de la loi de Gortyne. Nous l'avons traduite par la phrase qui sert de titre à la présente section : « *redempto facultas non datur recedendi* » (4). Un tel état de choses avait pour résultat effectif de mettre le *redemptus* dans une position de fait analogue à celle de l'esclave. Venuleius affirme, en effet, au livre 4 des interdits (D. XLIII, 29, 2) : « *Nihil enim multum a specie servientium differunt, quibus facultas non datur recedendi.* »

(4) Le verbe « *recedere* » est employé au Digeste dans le sens de « s'éloigner » (D. IV, 6, 28) ou de « s'esquiver », c'est-à-dire de quitter son maître par fraude : D. XL, 12, 12 et XXXXII, 5, 36 : « *eum qui recedit, hoc est, qui subterfugit* ».

Section II. - Incapacité de témoigner

La prohibition que nous étudions ici résulte d'un passage inséré au dig. XXVIII, 1, 20, pr, § 1, 2, 3, que son inscription présente comme extrait du 1^{er} livre *ad Sabinum* d'Ulpien :

« *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest* (5). *Quod in legatario, et in eo qui tutor scriptus est, contra habetur : hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediât : ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris.*

§ 1. *Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus : quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat.* »

§ 2.

§ 3. « *Quae autem in testamento diximus super prohibendis testimoniis eorum qui in potestate sunt, in omnibus testimoniis accipias, ubi negotii geritur, per quod adquiratur.* »

La partie la plus importante de ce fragment a été abondamment commentée. Certains auteurs ont été obligés, pour

(5) Ce passage doit être conféré avec les *Inst. de Justinien*, I, 10, 10 :

« *Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui habet eum in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt; quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi.* »

Le « *hodie* » de cette dernière phrase s'implique par le commentaire correspondant de *Gaius Inst.* II, 105 :

« *In testibus autem non debet is esse qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; Quippe olim, ut proxime dicimus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat : itaque reprobatur in ea re domesticum testimonium.* »

Cette conférence de textes permet de conjecturer que le passage rapporté au D. XXIII, 1, 20 pr. traitait primitivement du testament *per aes et libram*. Lenel suggère (*Paling. jur. civ.* 1889, II, col. 1021, note 1) : « *Ulpiani haec esse non constat. Scripserat forfasse eum, qui heres institueretur, in eodem testamento familiae emptorem esse non posse* ».

l'interpréter conformément à leurs théories, de lui faire subir des corrections tellement importantes qu'elles aboutissent à la dénaturer complètement :

Restitution de Pampaloni :

« *Hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eo nihil impedit, ut puta si impubes, si in potestate <mancipiove> sit testatoris.*

Potestatis autem verbum [non Trib] solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, <mancipii> verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus, quamvis placeat hunc servum non esse [sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat Trib]».

(6)

Restitution d'Arangio-Ruiz :

« *Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum <qui in mancipio est> [quem redemit ab hostibus Trib] quamvis placeat hunc servum non esse [sed vinculo... fin Trib].* »

(7)

Comme le fait justement remarquer dans sa thèse M. J. Ellul (8), il est radicalement impossible d'accepter l'interpolation supposée par Pampaloni. La phrase n'a plus de sens grammatical si on ôte ce qui est entre crochets. Il faut enlever le « *verum etiam* » si on détruit l'équilibre du « *non solum* ». L'intervention du mot « *potestas* » dans un texte consacré au *redemptus* ne se comprend guère si ce mot se rapporte exclusivement aux enfants; enfin l'insertion de <*mancipiove*> est arbitraire, tandis que le « *quamvis placeat* » devient inutile dans le texte remanié.

Quant à la reconstitution d'Arangio-Ruiz (7), que cet auteur explique par l'intention des compilateurs « *di sfruttare pel redentus quanto i classici dicevano della persona in mancipio* », nous la jugeons également inacceptable parce qu'elle

(6) Op. cit. lettre e), note 28. Pour l'insertion de « *mancipiove* », l'auteur s'appuie sur les Inst. 2, 9 pr. et D. XXXXI, 1, 10 pr.

(7) Ist. di. dir. rom., 2^e édition, Naples 1927, page 450.

(8) Op. cit., pages 449 et 450.

aboutit à une véritable réécriture du texte, et qu'en outre il serait difficile d'éclaircir pour quels motifs les commissaires de Justinien auraient voulu appliquer au *redemptus* ce que les classiques disaient de la situation de l'*in mancipio*, alors que le *mancipium* avait cessé depuis longtemps déjà d'être une institution vivante, et que la condition juridique des *redempti* avait subi elle-même de profondes transformations depuis la période classique.

A leur tour Romano (9) et Krüger (10) ont critiqué le D. XXVIII, 1, 20, § 1 avec l'intention de démontrer que le prisonnier racheté devenait un *servus redemptoris*; mais en réalité ils ne sont tombés d'accord que sur un point, à savoir l'interpolation plus ou moins profonde du paragraphe premier (*potestatis autem verbum...*). Pourtant ces auteurs ont bien compris que toute explication de ce texte doit reposer sur l'interprétation restrictive ou extensive qu'Ulpien voulait donner au mot *potestas*, et sur le fait de savoir si une telle interprétation est compatible ou non avec la phrase finale qui semble avoir pour but de la justifier : « *quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat* ».

D'après Romano les jurisconsultes classiques entendaient par l'expression « *in potestate* » les *filii familias* seulement, à l'exclusion de toutes autres personnes. Le savant italien invoque à l'appui de ses dires les Inst. de Gaius II, 105 et suivants, ainsi que le passage des *Regulae* d'Ulpien (XX. 3 et suiv.) apparenté au commentaire *ad Sabinum* inséré au Digeste. En conséquence le *redemptus* serait exclu du droit de témoigner non pas en tant que personne *in potestate*, mais en tant qu'esclave : il conviendrait de lui appliquer le paragraphe 7 (11) et non pas le paragraphe 1 de la loi 20.

(9) Op. cit., § 11 (page 25).

(10) Op. cit., § 4 « *potestas über den redemptus* ».

(11) D. XXVIII, 1, 20, § 7 : « *Servus quoque merito ad solemnia adhi-*

Ce dernier deviendrait dès lors inutile, ou plutôt il ne s'appliquerait que par l'intervention des compilateurs lors de la substitution de la notion de gage à celle d'esclavage dans la matière de la *redemptio ab hostibus*.

Krüger estime pareillement que la « *potestas* » ne saurait concerner les personnes *in mancipio* (Gaius I, 49, Fr. Vat. 298 et 300), mais il pense que d'autre part celle-ci s'applique non seulement aux descendants, mais également aux esclaves (12). Il conclut donc à l'interpolation, tout en supposant que, dans le § 1 du texte classique, Ulpien devait exclure expressément du droit de témoignage les *servi testatoris*, et mettre en lumière d'une manière toute particulière la place qu'occupait le *redemptus* au milieu de ces derniers (13).

A notre sens toutes les interprétations précédentes trahissent l'esprit de système de la doctrine moderne, pour laquelle le *redemptus* ne peut être qu'une personne libre *in mancipio*, ou bien un esclave du *redemptor*. Ce dilemme posé, il ne devient possible d'abandonner la première hypothèse qu'au seul profit de la seconde. Et si le prisonnier racheté de la captivité est vraiment *jure servus*, comment laisser dire à Ulpien que « *placeat hunc servum non esse...* » ?

Pour notre part nous croyons préférable d'examiner le commentaire du jurisconsulte sans idées préconçues, sauf à construire ensuite une théorie différente pour expliquer les sources.

beri non potest cum juris civilis communionem non habeat in totum, ne prætoris quidem edicti ».

(12) Op. cit., § 4. L'auteur invoque Gaius I, 49, 51, 52 (*in potestate itaque sunt servi dominorum*) et également Gaius I, 55.

(13) Op. cit., § 4. « Wahrscheinlich hatte Ulpian das zweite einteilungsglied, nämlich den *servus*, ausdrücklich gennant, und als besondere gruppe desselben den *redemptus* hervorgehoben ». D'après Krüger, le § 1 de la loi 20 était spécialement consacré à la prohibition de témoigner édictée contre le *servus testatoris* tandis que le § 7 prononçait la même incapacité à l'égard de l'esclave d'un tiers quelconque.

Le texte d'Ulpien apparaît en effet comme nettement divisé en deux parties distinctes, dont la première prohibe le témoignage de ceux qui se trouvent placés *sub potestate testatoris*, tandis que la seconde étend la signification du terme « *potestas* » pour y inclure le *redemptus*. Autrement dit le même mot est pris d'abord dans un sens étroit, que le jurisconsulte s'efforce ensuite d'élargir par voie d'interprétation.

Nous ne pensons pas, comme Romano, qu'un commentaire « *ad potestatis verbum* » soit difficile à admettre de la part d'Ulpien. C'est précisément parce que ce dernier, dans ses *Regulae* (XX, 3 et suiv.), avait défini la puissance du testateur dans un sens restreint, qu'il a pu être amené ensuite à assouplir sa définition dans les commentaires plus étendus de ses *Libri ad Sabinum*.

Les critiques proposées en faveur de la non-classicité du § 1 sont vraiment faibles au point de vue de la forme (14), et ne permettent pas seules de conclure à l'interpolation de ce fragment. Mais le plus grave est qu'elles soulèvent de lourdes difficultés lorsque le fond du droit est envisagé d'un point de vue plus général.

Car si à l'époque d'Ulpien la situation du *redemptus* était légalement celle d'un *servus redemptoris*, comme le prétend Krüger, le jurisconsulte n'aurait eu aucun motif de préciser que l'interdit *de homine libero exhibendo* n'était pas applicable en raison de la seule absence de mauvaise foi du *redemptor*. Une telle disposition eût été *superflue*, alors

(14) La plus sérieuse est que le verbe *redemit* manque de sujet (mais il s'agit clairement du *testator*, et peut-être les compilateurs ont-ils abrégé le passage du commentaire d'Ulpien qu'ils utilisaient). Car on ne peut admettre que le « *placeat* » suffise à lui seul à trahir la main des interprètes ! Sans doute l'association de mots « *vinculum pignoris* » a-t-elle conduit les auteurs qui nient la classicité de la théorie du gage à suspecter inconsciemment le terme *vinculum*, même employé seul et à l'ablatif, dans la langue la plus correcte au point de vue technique « *vinculo quodam retineri* ».

qu'elle apparaît au contraire dans le titre correspondant du Digeste, une fois de plus, immédiatement après un passage qui traite de la condition des enfants *in potestate* (15). Comment ne pas voir que dans les deux cas la marche du commentaire d'Ulpien a été inspirée par des associations d'idées tout à fait analogues ? D'autre part, la finale même du D. XXVIII, 1, 20, § 1 « *sed vinculo quodam retineri...* » n'est-elle pas une claire référence à ce droit essentiel du *redemptor* qu'est le *jus retinendi* ? Il nous paraît tout à fait impossible que le parallélisme de ces textes puisse être un effet (inconscient ou voulu) de l'intervention des compilateurs (15).

Telles sont les raisons pour lesquelles nous n'hésitons pas à conclure, contre la doctrine récente (16), à l'authenticité entière du commentaire incriminé (*principium* et paragraphe premier). Et nous montrerons plus loin que ce texte d'Ulpien projette une lumière certaine sur la nature juridique de l'assujettissement des *redempti* en droit classique. Tout au plus la généralisation du § 3 (*Quae autem in testa-*

(15) Pour plus de clarté, nous reproduisons ce texte déjà cité vis-à-vis de celui qui est commenté dans la présente section :

Ulpien L. 71, *ad Edictum*
D. XLIII, 29, 3 § 2.

« *Is tamen, qui in potestate habet, hoc interdicto non tenetur, quia dolo malo non videtur habere qui suo jure utitur.*
§ 3. *Si quis eum, quem ab hostibus redemit, retineat, in ea causa est, ut interdicto non teneatur : non enim dolo malo facit.* »

Ulpien L. 1 *ad Sabinum*
D. XXVIII, 1, 20, § 1.

« *Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus : quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat.* »

(16) Nous croyons que M. Eluī (op. cit., page 464) a entrevu la vérité lorsqu'il a écrit : « Si légalement l'individu racheté avait été tenu, quel intérêt y aurait-il à dire que l'interdit ne s'applique pas ? C'est comme si on disait que l'interdit ne s'applique pas au fils retenu par son père. D'autant plus qu'au paragraphe précédent, Ulpien parle de ceux que l'on a *in potestate*. Il faut donc que le cas ici présenté par Ulpien soit un cas non décidé légalement, sur lequel il peut y avoir controverse... ».

mento diximus...) est-elle suspecte, sans que d'ailleurs cela intéresse directement notre matière (17).

Section III. - Mariage du Redemptus

Cette matière pose deux questions distinctes que nous examinerons successivement : 1° quel est l'effet de la *redemptio* sur l'ancien mariage du captif racheté ? 2° ce dernier peut-il contracter un nouveau mariage entre la *redemptio* et la *luitio* ?

I. — ANCIEN MARIAGE DU REDEMPtus.

A défaut de textes, nous croyons qu'il convient d'appliquer ici (comme conséquence du système soutenu supra sur la suspension du *jus postliminii*) les règles générales du droit romain qui entraînaient à l'époque classique la dissolution du mariage de celui que les ennemis retenaient captif (18).

Des réformes de Constantin (19) et de Justinien (20) ont au contraire prohibé le remariage d'un époux avant la preuve presque certaine du décès de son conjoint prisonnier (21).

(17) Cf. Pampaloni, op. cit., note 29, Beseler, S. S. Z. 43 (1922), page 547 et Lenel, *Paling.*, 1889, II, col. 2430, note 2, qui corrige les trois derniers mots du texte [*per quod adquiratur*] en <*per aes et libram*> *geritur*.

(18) Cf. D. XXIV, 2, 1 (Paul L. 35 *ad Edictum*).

« *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum* ».

D. XLVIII, 15, 12, § 4. (Tryph. L. 4. *disputationum*).

« *Sed captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio est* ». Ce texte a été suspecté à tort par le président Favre. Seul le mot « *maxime* » est peut-être interpolé.

D. XLVIII, 15, 14, § 1 (Pomponius L. 3 *ad Edictum*).

« *Non ut pater filium ita uxorem maritus jure postliminii recipit; sed consensu reintegratur matrimonium* ».

(19) Constantin. Code. *De repudiis*, V, 15, 7.

(20) Nouvelle 22, chap. 5 et Nouvelle 167.

(21) Ces réformes ont provoqué l'interpolation d'un certain nombre de textes classiques dont le remaniement a déjà été étudié par les

A ce point de vue le *redemptus* a dû subir également les rigoureuses conséquences du principe ancien et bénéficier plus tard de l'adoucissement des mœurs, sans que nous puissions croire que la *redemptio pietatis causa* soit jamais devenue une obligation civile entre époux (22).

II. — DROIT DE CONTRACTER UN NOUVEAU MARIAGE.

Les sources ne traitent que du cas particulier où le *redemptor* se propose d'épouser la femme qu'il a rachetée. Cette dernière se trouve dans une situation analogue en fait à celle d'une esclave, et elle peut être prostituée impunément jusqu'à la période dioclétienne (23). Elle ne saurait donc contracter une union matrimoniale véritable qu'après avoir été libérée du lien de dépendance qui l'enchaîne : C. VIII, 50, 2, § 1. *Imp. Gordianus A. Publiciano*.

« *Proinde si ab host. redemptam post dissolutum [veluti naturalis pignoris Trib] <?> vinculum, in matrimonio habere coepisti, nihil est quod de statu ejus seu liberorum communium debeas pertimescere* » (A. 241).

Ce rescrit de l'Empereur Gordien pose le principe que l'union de la *redempta* avec le *redemptor* n'est une union légitime et ne peut donner naissance à des enfants légitimes que si elle a été contractée après une libération régulière du lien né *ex redemptione*, c'est-à-dire après l'intervention d'un acte régulier d'affranchissement (*post dissolutum vinculum...*) (24).

humanistes de la renaissance (par exemple D. XXIV, 2, 6 et D. XLVIII, 15, 8). Cette question est bien résumée dans Bonfante, *Corso di dir. rom.*, vol. I, Rome 1925, pages 241 et 242).

(22) Les seuls textes qui nous sont parvenus à cet égard sont des textes classiques. En outre, leur portée est restreinte (D. XXVIII, 7, 9 et XXIV, 3, 20). Voir cependant *infra* page 126.

(23) Raisonnement *a contrario* sur C. VIII, 50, 7. Mais peut-être la législation dioclétienne ne faisait-elle que répéter une prohibition antérieure. Cf. *infra*, page 90, note 10 et page 106, note 31.

(24) C'est pourquoi l'interpolation du C. VIII, 50, 2, § 1 est sans

Au contraire, dès la fin du III^e siècle, Dioclétien et Maxilien considèrent qu'un tel mariage implique par lui-même la dissolution automatique de l'assujettissement qui suit le rachat de la captive. L'intention matrimoniale du *redemptor* libère *ipso jure* la *redempta* et constitue dès lors un mode spécifique d'extinction de sa condition de dépendance (25). C. VIII, 50, 13. *Impp. Diocletianus et Maximianus* (année 294).

Si is, qui te ab hostibus ingenuam captam redemit, sibi matrimonio conjonxit, dignitate nuptiarum et voto futurae justae subolis [vinculum pignoris remisso Trib] tibi redditos natales pristinos rationis est. »

Ce texte est à rapprocher de celui que nous avons expliqué précédemment à propos du *postliminium* (27) ainsi que des dispositions générales que nous analyserons en étudiant la réforme dioclétienne (28). Mais il nous conduit en définitive à conclure que le mariage du *redemptus* n'était possible qu'après ou en même temps que le retour de ce dernier à sa position juridique antérieure à la captivité.

doute plus profonde que ne le fait apparaître la correction prudente avec laquelle nous reproduisons ce texte. Le véritable fragment original devait être : « *Post [dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum Trib] <manumissionem>.* »

Cf. infra notre chapitre VI, page 108, note 39, dont la conclusion utilise et renforce l'interprétation exposée plus haut.

(25) Cette évolution, déjà indiquée par Pampaloni, a été mise en pleine lumière par Albertoni, op. cit., page 519, note 1.

(26) Cf. également Basiliques XXXIV, II, XI (Heimbach, vol. 2, page 538).

(27) Cf. supra, *Jus postlimini*, page 23. Le passage qui nous intéresse ici est le suivant : « ...[exinde intelligi oportet remissum matri pignoris vinculum, ex quo de ea suscipere liberos optaverat...] » (D. XLVIII, 15, 21 pr.).

(28) C. VIII, 50, 17 (a. 294) « *Liber captus ab host. et commercio redemptus tunc demum cum pretium solverit, vel hoc ei qualicumque remittatur indicio, statum pristinum recipit.* »

Section IV - La Condition des Enfants du Redemptus

Nous nous proposons de prouver dans la présente section que le lien né de la *redemptio ab host.* crée un rapport strictement personnel entre le *redemptor* et celui qu'il a racheté. En conséquence : 1° les enfants du *redemptus* nés *apud redemptorem* ne tombent pas sous la puissance du *redemptor*; 2° le statut des fils du *redemptus* demeure suspendu jusqu'à la *luitio* (c'est-à-dire jusqu'au moment de la mort de leur père, du remboursement de la rançon. ou d'un acte extinctif équivalent). Examinons successivement ces deux propositions :

I

Le lien créé *ex redemptione* ne porte pas sur les enfants du prisonnier racheté. Ceci résulte d'un texte de l'année 291, au C. Just. VIII, 50, 8, que nous reproduisons ci-dessous, pour plus de clarté, avec les deux reconstitutions qui en ont été présentées respectivement par Pampaloni (29) et Romano (30).

Passage corrigé
par Pampaloni :

Præses provinciae, ne ulterius in servitutis iugo detinearis, curæ habebit : qui pro sollertia tua parum ignorat magis filiorum tuorum statum tueri, quos <antequam> [posteaquam Trib] enixam te esse significas, cum eos qui <ante> [post Trib] redemptionem nascuntur, <mancipii> [ne pignoris quidem Trib] vinculo [ob pretium quod pro his datum non est, Trib] teneri nullis auctoribus visum est.

Par Romano :

Præses provinciæ, ne ulterius in servitutis iugo detinearis, curæ habebit : qui pro sollertia tua parum ignorat magis filiorum tuorum statum tueri, quos posteaquam enixam te esse significas, cum eos qui post redemptionem nascuntur [ne pignoris quidem vinculo Trib] ob pretium, quod pro his datum non est teneri nullis auctoribus visum est.

(29) Op. cit., lettre f) et notes 31, 32 et 33.

(30) Op. cit., § 11.

Tel qu'il nous est parvenu, ce fragment détermine le statut des enfants de la *redempta*, en considérant, selon les règles générales du droit romain, le fait de leur naissance et non celui de leur conception (31). Il décide que lorsque l'accouchement aura eu lieu *post redemptionem*, ces enfants ne seront soumis à aucun lien envers le *redemptor*, lequel ne peut, en conséquence, exiger pour eux aucun prix.

Mais Pampaloni soutient que le *redemptus* tombe *in causa mancipii*, et comme ce dernier rapport s'étendrait non seulement à la personne du mancipé, mais encore à tous ceux qui sont sous sa puissance (32), l'auteur italien, avec « *una fervida fantasia* » justement dénoncée par Romano, a rendu le passage du code méconnaissable et « *l'ha ricostruito in modo da farlo servire alla sua tesi* ». Les corrections de [*posteaquam*] en <*antequam*> et de [*post*] en <*ante*> ont rendu nécessaire une suppression supplémentaire, celle du passage final [*ob pretium quod pro his datum non est*] à défaut de laquelle la reconstitution présentée aurait été incohérente. Mais il est clair que toute cette chirurgie de textes ne peut s'expliquer que par l'obligation dans laquelle Pampaloni a cru se trouver d'éliminer une source qui à son sens contredisait directement sa théorie. Nous adoptons donc le point de vue de Romano, en concluant que les enfants du *redemptus* ne tombent pas sous la puissance du *redemptor*.

(31) Ulpian, Règles V, 10 : « *In his, qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur. In his autem, qui non legitime concipiuntur, editionis* ».

(32) En réalité, la condition du fils de l'*in mancipio* soulève des problèmes plus complexes que ne le laisse entendre Pampaloni, qui, dans le célèbre texte de Gaius, I, 135, semble adopter purement et simplement l'opinion de Labéon : « *Sed eum (le fils de l'in mancipio) Labeo quidem existimat in ejusdem mancipio esse cujus et pater sit...* ».

Cf. sur ce point Girard, *Manuel* 1929, page 144, note 1; Cuq, *Manuel*. Ed. 1928, page 84 et notes 8 et 9. Schmidt, *Hauskind in mancipio*, 1879, page 17. Stockar, *Ueber den entzug der vaterlichen gewalt*, 1932, page 30 et suiv. Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, 2 vol., 1885-1892, pages 31 et suivantes, ainsi que Ellul, *Etude sur l'évolution et la nature juridique du Mancipium*, Bordeaux, 1936, pages 104, 184, 215 et surtout 217.

On pourrait objecter cependant que cette interprétation paraît contredite par un autre texte de l'époque dioclétienne, au C. VIII, 50, 16 : *Impp. Diocletianus et Maximianus* (A. 293).

« *Commercio redemptae filios, licet ex servo medio suscepto tempore, origina ingenuitatis matris juxta ea quae benigne placuerunt reddi convenit.* »

Pourtant ce fragment ne décide nullement que le *redemptor* exerce sa puissance sur les fils de la *redempta*. Il se borne à préciser que ces derniers ne devront pas souffrir du fait qu'ils sont nés *medio tempore* (entre la *redemptio* et la *luitio*) d'un esclave et d'une femme retenue dans un lien de dépendance quasi servile. Nous pensons simplement que la phrase « *juxta ea quae benigne placuerunt* » que Pampaloni, sans doute à tort, juge interpolée (33), ne peut que se référer au « *favor ingenuitatis* » et non à l'assujettissement direct au *redemptor* lui-même. D'ailleurs le droit romain avait pris des dispositions analogues en ce qui concerne les enfants nés en captivité à l'étranger (34) et l'interprétation que nous proposons ici pour les fils de la *redempta* est confirmée par un texte précédemment étudié à propos du *postliminium* (35).

(33) Op. cit., lettre g) et note 34.

(34) Cf. Dig. XXXVIII, 16, 1, § 1.

D. XLVIII, 15, 9.

C. J. VIII, 50, 1.

(35) Cf. supra « *Jus postliminii* », pages 4, 5 et 6.

« *Si quis ingenuam ab hostibus redemptam eo animo secum habuerit, ut ex ea susciperet liberos, et postea ex se natum sub titulo naturalis filii cum matre manumiserit : ignorantia [mariti] <domini>, ejusdemque patris, neque [statui eorum quos manumisisse visus est, officere debet...* » (D. XLVIII, 15, 21 pr.).

L'« *ignorantia* » dont il est question dans ce texte interpolé ne doit pas être entendue de la même façon en droit classique et dans le droit de Justinien.

Primitivement, le *redemptor* ignorait que l'affranchissement de la mère seule, avant le mariage, aurait suffi. Pour les compilateurs, aucune « *manumissio* » n'est nécessaire, l'intention matrimoniale de

D'autre part il nous est impossible d'accepter la manière de voir de Buckland (36), qui, après avoir cité C. VIII, 50, 8, D. XLVIII, 15, 21 pr. et XLVIII, 15, 12, § 18, affirme que les contradictions existant entre ces textes doivent être interprétées comme un cas particulier de la controverse sur l'inclusion ou l'exclusion du *partus* dans le gage portant sur sa mère. Cette explication pêche par une confusion entre le statut des enfants du *civis redemptus* et celui des enfants du *servus redemptus*, alors que ce dernier seul est régi par les dispositions du fragment D. XLVIII, 15, 12, § 18 (37).

II

Cependant, si les enfants du captif racheté ne sont pas soumis à la puissance du redemptor, ils ne demeurent pas non plus sous celle de leur père. Leur condition reste en suspens entre la *redemptio* et la *luitio*, et à cet égard persiste l'état d'incertitude qui était celui des fils du captif retenu *apud hostes* (38). D'ailleurs le *redemptus* n'a pas de

celui qui a racheté la captive, libérant cette dernière *ipso jure* depuis la fin du III^e siècle.

Cf. les explications que nous avons données supra dans le chap. « *Jus postlimini* », pages 23, 24, 25 et 26.

(36) Buckland, *The Roman Law of Slavery*, page 312.

(37) Cet auteur ne traite du *Servus redemptus* qu'à la page 314 de son ouvrage, alors que la remarque que nous critiquons se trouve à la page 312 du même travail, laquelle est consacrée encore au *Civis redemptus*.

(38) Cf. Ulpien, Règles X, 4 : « ... *Sed quamdiu apud hostes erit, patria potestas in filio ejus interim pendebit; et cum reversus fuerit ab hostibus, in potestate filium habebit; si vero ibi decesserit, sui juris filius est* ».

Cf. également Gaius *Inst.* I, 129. « *Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui juris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest* ». L'hésitation de Gaius disparaît dans l'*Építome* I, 6, 2, qui conclut en faveur de la seconde solution.

Il faut rapprocher de ces sources les *Sentences* de Paul, II, 25, 1 ainsi que D. XXXVIII, 17, 1, § 1 et D. XLVIII, 15, 12, § 1.

Nous croyons que tous ces textes s'appliquent aussi bien au *redemptus* qu'au *captivus reversus* ordinaire.

famille : ses liens d'agnation sont temporairement rompus (39), et toute puissance exercée par lui serait sans doute incompatible avec la *potestas redemptoris* (40). Enfin la suspension du *postliminium* empêche le captif racheté d'exercer ses droits.

Cependant l'incertitude du statut des enfants du *redemptus* devait justifier à leur égard une protection analogue à celle dont bénéficiaient les fils du *captivus*. Sans doute en allait-il ainsi en matière de consentement au mariage (41), comme aussi pour l'application du S. C. macédonien et la même bienveillance prétorienne devait également leur profiter dans le domaine du droit successoral (42).

Section V

« Non licet redempto nomen militiæ dare »

Les Romains considéraient l'honneur de porter les armes comme étroitement attaché à la condition d'homme libre. En règle générale tout citoyen devait servir un certain temps dans la cavalerie ou dans l'infanterie (43) tandis qu'au contraire la peine de mort était édictée contre l'esclave qui aurait tenté de se faire enrôler (44). Arrius Menander, qui écrivit sous les Sévères ses quatre livres de *re militari*, nous apprend qu'autrefois ceux qui tentaient de se dérober au service militaire étaient réduits en servitude comme « traîtres à la liberté » (45), et nous savons inversement que lorsque

(39) Cf. D. XXXVIII, 16, 1, § 4 et XLVIII, 15, 15 étudiés supra (Chap. « La mort du *redemptus* »).

(40) Cf. D. XXVIII, 1, 20, § 1.

(41) Cf. D. XLVIII, 15, 12, § 3 et D. XXIII, 2, 9, § 1 (interpolé).

(42) Cf. D. XXXVIII, 17, 1, § 1. « ... *Inde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri eis per prætorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant : et magis est ut subveniatur, ut in multis casibus placuit* ».

(43) Polybe, I, 4.

(44) D. XLVIII, 16, 10 (Paul *Lib. sing. reg.*).

(45) D. XLVIII, 16, 4, § 10.

la nécessité contraignit Rome à armer des esclaves, ces derniers obtinrent, en même temps qu'une prime en or, la promesse de devenir libres (46).

C'est à la lumière de ces principes que nous devons examiner un texte d'Ulpien, av. D. XLVIII, 16, 8. d'après lequel le *redemptus* ne peut se faire inscrire sur les rôles de l'armée : D. XLVIII, 16, 8. Ulpien, L. 8 *disputationum*.

« *Qui status controversiam patiuntur, licet revera liberi sunt, non debent per id tempus nomen militiae dare; maxime lite ordinata, sive ex libertate in servitutem, sive contra petantur. Nec hi quidem qui ingenui bona fide serviunt; sed nec qui ab hostibus redempti sunt, priusquam [se luant] <manumittantur>.* »

Ce passage compare les *redempti* avec ceux dont le statut est contesté, et qui se trouvent de ce fait dans une situation temporaire. La conclusion de la *causa liberalis*, le moment où la liberté du *serviens* sera reconnue, le remboursement de la rançon du *redemptus* marqueront le terme d'un état de choses provisoire, pendant lequel les individus dont la condition était incertaine auront été assimilés, en droit public, à des esclaves.

Le texte d'Ulpien énumère plusieurs cas différents d'hommes libres soumis au même régime juridique. Grammaticalement l'incidente « *licet re vera liberi sunt* » s'applique spécialement au premier, qui est d'ailleurs bien connu (47). Mais les deux autres lui sont assimilés, et dans toutes les hypothèses la décision du jurisconsulte garantit également

(46) C. Theod., I, 16, de *Tironibus*. Egalement Tite-Live XXV, VI, cité infra page 65, note 10.

(47) Cf. D. XXXX, 12, 25 : « *Licet vulgo dicatur, post ordinatum liberale iudicium hominem cujus status controversia sit liberi loco esse...* ». La *lis*, est *ordinata* au moment même où les cautions ayant été acceptées, le prétendu esclave est mis en liberté. Elle commence à l'instant même où on se présente pour la première fois devant le magistrat. (D. XXII, 3, 20). Cf. C. VIII, 45, 1 : « *Causa ordinata, id est inscriptionibus depositis et fidejussore de exercenda lite præposito* ».

la sécurité des maîtres intéressés à n'ouvrir point une porte par laquelle auraient pu s'échapper tous les individus placés à leur égard dans une situation de dépendance.

Au surplus la prohibition ainsi édictée était sanctionnée d'une manière rigoureuse (48), et nous ne devons pas perdre de vue qu'à l'époque classique la condition juridique du *redemptus* pouvait donner lieu à certains doutes avant l'intervention de l'acte d'affranchissement qui devait suivre le remboursement de la rançon (49).

Section VI. - Droit de revendiquer une hérédité

Les sources ne fournissent aucun renseignement général sur les rapports d'ordre économique qui existaient entre les prisonniers rachetés de la captivité et leurs *redemptores*. En l'absence de précisions directes sur les conditions habituelles dans lesquelles les *redempti* se procuraient les deniers nécessaires pour parvenir à la liberté en remboursant la rançon qui avait été payée pour eux (50), une indication précieuse nous est donnée par une constitution des empe-

(48) D. XLVIII, 16, 2, § 1 (*Dare se militem, cui non licet, grave crimen habetur, et aujetur, ut in cæteris delictis, dignitate, gradu, specie militiæ*).

(49) Cf. infra, chap. « *Manumissio* ». La finale du D. XLVIII, 16, 8 a été certainement interpolée; il faut lire « *priusquam [se luant] <manumittantur>* ».

(50) Sans doute les acquisitions du *redemptus* étaient-elles gouvernées par des principes analogues à ceux qui régissaient les gains des esclaves, et nous n'hésitons pas à écrire, en paraphrasant les sources : « *Redemptus ipso jure nihil proprio habere potest, sed habere tamen nonnunquam videtur ex conniventia et quasi sompnolentia redemptoris* ».

Le seul texte qui paraît impliquer la capacité patrimoniale du *redemptus* a été remanié tout au moins dans la forme (Cf. infra chap. « La mort du *redemptus*, pages 35 et ss. Il s'agit de D. XLVIII, 15, 15, dont le passage final qui nous intéresse seul ici (... *et sine obligatione debiti obisse...*) est particulièrement suspect parce qu'il concerne la dette contractée envers le *redemptor* et se rattache à l'interpolation de l'expression « *viculum pignoris* ». Cf. infra ch. VII, p. 120, note 35.

reurs Dioclétien et Maximien de l'année 294. Cette constitution spécifie en effet que le *redemptus* pourra obtenir la somme nécessaire à son rachat en revendiquant une hérédité :

C. VIII, 50, 15 : « *Is, qui liber constitutus captus ab hostibus commercio redimitur, et antequam restituatur pro eo data pecunia successionis jura sibi vindicare favore ingenuitatis potest, ut ex ea possit pretium pro se datum exsolvere.* »

Il faut noter l'usage de l'expression « *Favor ingenuitatis* » qui, selon Pampaloni (51), serait employée à l'intérieur de ce fragment dans un sens analogue à celui que de nombreux passages des sources donnent au « *favor libertatis* ». Aussi le savant italien, d'après lequel le *redemptus* est demeuré en droit un homme libre, affirme-t-il l'impropriété des termes de cette constitution (52). Pour sortir d'embarras il finit par conclure dubitativement à une interpolation du texte et suppose que Dioclétien et Maximien auraient exprimé le principe sous une forme négative : « *sibi vindicare <non> potest* ». « *Potrebbe dunche anche darsi che... l'innovazione di cui si tratta fosse opera di Giustiniani* ».

A notre sens il est abusif de prétendre que toutes les « *favores* » du droit romain seraient le résultat de remaniements opérés au Bas-Empire. Si de nombreux textes classiques ou post-classiques ont bien été altérés à ce point de vue (53), nous persistons cependant à croire que c'est une

(51) Op. cit., note 41.

(52) Pampaloni corrige « ... *antequam restituatur <ingenuitati> pro ea data pecunia...* » et ajoute : « E l'espressione, genuissa o no, apparisce impropria, perchè la parola *ingenuitas* vi è usata vel senso di indipendenza, di « *sui juris esse* ». » Cf. également Pampaloni, op. cit., note 25.

(53) Cf. « *Pringsheim* « *jus æquum und jus strictum* » SSZ 42 (1921), pages 643 et svtes; Krüger SSZ 48 (1928) et surtout Albertario « *conceptus pro jam nato habetur* ». Bull. 33 (1923) appendici eseghiche, page 50. Ce dernier auteur s'efforce de démontrer que le terme « *Favor* » est à lui seul un indice d'interpolation. Il étudie à cet égard

l'aveur de la loi qui permet au *redemptus* de revendre une succession dès le III^e siècle. Tel est aussi l'avis de Krüger (54), qui rapproche C. VIII, 50, 15 d'un fragment d'Ulpien au D. XXXVII, 6, 1, § 17 : *de collatione*; D. XXXVII, 6, 1, § 17 (Ulpien, 40 *ad edictum*) « *qui ab hostibus captus post mortem patris redit, licet moriente patre nihil habuit, cum apud hostes fuerit : tamen et ad bonorum possessionem admittetur, et conferret scilicet ea, quae moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset. Sed et si redemptus ab hostibus mortis tempore patris inveniatur, aequè collatio erit faciendâ* ».

toutes les « *favores* » dans leurs différentes acceptions (*F. pupilli, populi, religionis, dotium, partus, nuptiarum...*) et spécialement pages 55 à 65, le *Favor libertatis*, qu'il juge lui aussi non classique.

Nous préférons l'opinion plus nuancée de M. Nicolau (*Causa libe-ralis* op. cit., page 4 de l'introduction et surtout § 438, page 219, « Origine de l'idée *favor libertatis* »).

(54) Op. cit., § 8 *in fine*.

CHAPITRE IV

ORIGINE ET NATURE JURIDIQUE DE L'ASSUJETTISSEMENT DES REDEMPTI SON ÉVOLUTION JUSQU'AUX RÉFORMES DE DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN

A la différence de nombreux auteurs qui ont affirmé que l'origine de l'institution que nous étudions était extrêmement ancienne (1), nous soutiendrons dans le présent chapitre que la *redemptio ab hostibus* ne s'est développée à Rome qu'à une époque relativement récente. En particulier la condition spéciale du *civis commercio redemptus* (2) ne nous semble pas avoir été juridiquement dégagée avant les premiers siècles de l'Empire.

La notion même de captivité fut peut-être étrangère à la mentalité des temps primitifs qui n'avait pas distingué

(1) En ce sens. cf. Naber (*Observationes de jure Romano. Mnemosyne* NS. 5. vol. 31, p. 214 : « *nec minus juris vetustissimi pars est pignus in ab hostibus redempto, quod veluti naturale dicitur* »).

Mommsen, *Juristische Schriften*, Band III, pp. 8, 9.

Perozzi, *Ist.*, vol. 1, p. 197 et 203.

Lewald, *Zur Personalexekution im Rechte der Papyri*, Leipzig, 1910, p. 71. Au contraire, les auteurs suivants ont pensé qu'à l'origine, le *commercio redemptus* n'était tenu que d'une obligation morale de restitution : Cuq, *Manuel*, Ed. 1928, p. 86, note 6. Girard, *Manuel* cit., p. 142 et Voigt, *Röm. Rechtsg.*, Stuttgart, 1899, vol. II, pp. 465-466.

(2) Cf. supra notre introduction. Terminologie, page 18, note 4.

l'ennemi de l'étranger (3), et selon laquelle l'absence de relations internationales étant la règle, la rupture de ces relations ne produisaient pas encore d'effet juridique particulier (4). D'ailleurs la sociologie montre que l'état de « prisonnier de paix » forme une condition tout aussi ancienne, sinon plus commune que celle de prisonnier de guerre (5), tandis que les historiens remarquent qu'à l'origine Rome elle-même se gardait bien d'asservir les peuples qu'elle avait conquis (6).

Ce n'est que sous la République romaine que la capture fut considérée comme une source de l'esclavage en vertu du droit des gens (7), et les théories sur la *servitus hostium* élaborées par les jurisconsultes reflètent la sévérité traditionnelle des Romains à l'égard de leurs soldats prisonniers. L'alternative « vaincre ou mourir » devant laquelle se trouvait placé le combattant de l'un des peuples les plus guerriers qui fut jamais n'était pas une simple figure de rhétorique, et les captifs d'Hannibal que le Sénat refusa de racheter après le désastre de Cannes en firent la cruelle expérience (8).

Sans doute la peur des trop graves conséquences de la guerre risquait-elle de rendre les hommes moins courageux; aussi la *spes postliminii* vint inciter à l'évasion le soldat qui avait bravement défendu sa patrie sans abandonner ses

(3) Cf. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, au mot « *hostis* ».

(4) Cf. L. Sertorio, op. cit., p. 1 ss.

(5) Cf. Lévy-Bruhl, *Études de Sociologie et d'Ethnologie juridiques*, 1931, et *Atti del Congresso intern. di dir. rom.*, 1933, tome 2, p. 471.

(6) Denys d'Hal., II, 16, cité par Wallon, *Histoire de l'Esclavage dans l'antiquité*, tome 2, p. 6, note 2.

(7) Cf. R. Monier, *Manuel*, p. 294. Les juristes prétendent que « *servus* » dérive de « *servatus* » (D. L., 16, 239, § 1) et Florentinus affirme au D. I, 5, 4, § 3 (*mancipia vero dicta quod ab hostibus manu capiantur*).

(8) Sur ce point cf. le fier commentaire de Cicéron, *De Off.* III, 32, 114 « *Eos Senatus non censuit redimendos, quum id parva pecunia fieri potest : ut esset insitum militibus nostris aut vincere, aut emori* ».

armes, tandis qu'au contraire la rigueur des principes traditionnels s'opposa avec vigueur au développement du rachat des prisonniers, qui aurait pu multiplier sans frein ni limites le nombre des bénéficiaires du droit de retour (9).

De nombreux passages de Tite-Live attestent la défaveur des Romains envers la *redemptio ab hostibus* (10) qui n'intervint d'abord que d'une manière exceptionnelle et sous les formes strictement déterminées d'un acte de politique militaire ou d'une institution dérivée de la solidarité familiale. Les captifs prisonniers pouvaient être rachetés collectivement par le Sénat (11) ou individuellement par leur propre famille (12) et dans les deux cas ils bénéficiaient immédiatement du *postliminium*. Car le soldat de Rome est

(9) Voir supra, chap. préliminaire, conclusion, p. 15, note 32.

(10) Tite-Live XXII, 57. Après la bataille de Cannes, on préféra acquérir et armer 8.000 esclaves aux frais de la République que de racheter les captifs dont la rançon eût pourtant coûté une somme bien moins forte. Cf. aussi XXV, 6 « *Servorum legionibus Ti. Sempronius consul toties jam cum hoste signis conlatis pugnavit. Operæ pretium habent, libertatem civitatemque...* ».

Lorsque la députation des captifs implore la clémence du Sénat, son chef M. Junius commence son discours en ces termes : « *Patres conscripti, inquit, nemo nostrum ignorat nulli unquam civitati viliores fuisse captivos quam nostræ* » (XXII, 59). Mais Mamilius Torquatus exhorte l'assemblée à la sévérité, et celle-ci se décide « *præter exemplum civitatis minime in captivos jam inde antiquitus indulgentis* ».

(11) Tite-Live, XXII, 59 « *Majores quoque acceperamus se a Gallis auro redemisse, et patres vestros, asperrimos illos ad condicionem pacis, legatos tamen captivorum redimendorum gratia Tarentum misisse* ». Cf. également Valère-Maxime V, 1, 1.

(12) Cet usage du rachat familial était d'ailleurs observé par les Romains dans leurs rapports avec leurs ennemis. Cf. le passage de Val.-Max. IV, 3, 1 : où cet auteur rapporte comment « Scipion, âgé de 24 ans, libre de tout lien conjugal et vainqueur », apprenant qu'une captive d'une beauté admirable, tombée entre ses mains pendant le siège de Carthagène, était d'une illustre maison, « fit venir aussitôt ses parents et son époux, la remit intacte entre leurs mains, en ajoutant même à sa dot l'argent qu'ils avaient apporté pour sa rançon ». Le même épisode se trouve dans Tite-Live XXXVI, 50, mais avec beaucoup plus de littérature.

Rappelons ici les textes du Digeste que nous avons déjà cités supra (D. XXVIII, 7, 9 et D. XXIV, 3, 20) et les nombreuses déclamations de Quintilien qui ont pour thème une *redemptio pietatis causa* (Déclam. majeures V; VI; VIII, c. 15; IX).

libre, et d'autre part la *pietatis causa* exclut tout droit de répétition ou de contrainte (13) puisqu'une dette purement morale ne saurait recevoir de sanction civile.

Nous avons la preuve que la *Redemptio commercii jure* était certainement ignorée deux siècles avant J.-C. L'interprétation de Tite-Live (14) est confirmée sur ce point par le silence de Plaute (15). Et tandis que Cicéron considère la *redemptio* comme une œuvre de bienfaisance (16), Quintilien développe avec une rhétorique pompeuse des cas de rachat intervenant dans des circonstances presque invraisemblables, mais toujours entre membres d'une même famille (17). Le long passage où Sénèque examine dans son traité des bienfaits ce que doit faire un prisonnier de guerre auquel sa rançon est offerte par un débauché (18) ne nous

(13) Cf. D. XII, 6, 32, § 2 « *Sublata enim falsa obligatione* (Il s'agit de la croyance en l'obligation civile) *relinquitur pietatis causa, ex qua solum repeti non potest* ». Ce principe sera conservé plus tard dans notre matière : C. J. VIII, 50, 17 cité supra dans notre introduction, page 17, note 3. « *Pro pietatis itaque ratione ab hostibus redempto filio facti te pœnitere ac de pretio quicquam tractare non convenit* ».

(14) Tite-Live, dans le passage des Décades XXII, 59 déjà cité supra, spécifie que le Sénat discuta sur le point de savoir si on devait permettre aux captifs de se racheter de leurs propres deniers « *Ibi quum sententiis variaretur, et alii redimendos de publico, alii nullam publice impensam faciendam, nec prohibendos ex privato redimi* ». On pourrait même faire des avances sur le trésor à ceux qui manqueraient d'argent pour le moment, à condition que des garanties et des biens répondraient au peuple de la rentrée des fonds : « *Si quibus argentum in præsentia deesset, dandum ex aerario pecuniam mutuum, prædibusque ac prædiis cavendum populo censerint* ».

Tout ce passage postule clairement l'inexistence du rachat *jure commercii*.

(15) L'institution que nous étudions était inconnue de Plaute, comme le montre bien l'intrigue et le texte même de sa pièce « *Captivi* ». Cf. Acte II, 1 (87-91); II, 3 (6 et 37); III, 4 (54), et également « *Asinaria* » I, 1 (91-92).

(16) *De off.* II, 18, 63 : « *atque hæc benignitas etiam reipublicæ utilis est, redimi e servitute captos* ». Cf. aussi II, 16, 55-56 et *Verrinæ* II, 5, 34, 90.

(17) Cf. supra Déclamations Majeures références page précédente, note 2.

(18) *De beneficiis* II, c. 21 : « *Illud magis venire in disputationem potest aliquam, quid faciendum sit captivo, cui redemptionis pretium*

paraît pas permettre une interprétation purement technique, car le philosophe traite son thème sur un plan essentiellement moral et s'inquiète seulement de déterminer quelle reconnaissance sera due au rachetant par le prisonnier délivré : « *Servatus deinde, quam illi gratiam referam ?* » C'est pourquoi on peut hésiter à prendre dans son acception littérale le verbe « *promittere* » qui termine la première phrase et à affirmer que l'alternative « *vivam cum obsceno ? non vivam cum redemptore ?* » corresponde vraiment pour le captif à la faculté juridique de refuser ou d'accepter son rachat. Lorsqu'enfin la redemptio est intervenue (« *etiam ab aliquo tali pecuniam accipiam* ») la créance qu'elle a engendrée ne paraît pas donner lieu à une sanction civile : car le « *cui sciam reddendum quod accepi* » concerne l'obligation morale de rendre le bienfait, et non la restitution du *pretium redemptionis*. Sénèque le spécifie d'ailleurs explicitement : « *si occasio fuerit servandi periclitantem, servabo* ». Dans son raisonnement, le *redemptor* n'est considéré comme un usurier (*fœnerator*) qu'en vertu de la décision morale du captif : « *accipiam pecuniam quam pro capite dependam, accipiam autem tanquam creditum, non tanquam beneficium* ».

L'examen de ce texte nous conduit à affirmer qu'au début de l'Empire le rachat *pecunia aliena* d'un citoyen romain prisonnier ne faisait naître encore aucun assujettissement au profit du rachetant, parce qu'il n'engendrait pas encore une véritable créance juridique à garantir. La solution con-

homo prostituti corporis et infamis ore promittit. Patiar me ab impuro servari ? Servatus deinde, quam illi gratiam referam ? Vivam cum obsceno ? non vivam cum redemptore ? Quid ergo placeat dicam : etiam ab aliquo tali accipiam pecuniam quam pro capite dependam ; accipiam autem tanquam creditum, non tanquam beneficium. Solvam illi pecuniam, et si occasio fuerit servandi periclitantem, servabo : in amicitiam, quæ similes jungit, non descendam ; nec servatoris loco numerabo, sed fœneratoris, cui sciam reddendum quod accepi ».

Cf. également VI, c. 13, § 3 et c. 14, § 2.

traire impliquerait que le philosophe ignorait totalement le droit en vigueur à son époque (19).

La réunion d'un certain nombre de circonstances que nous allons maintenant préciser était en effet indispensable à la création de la *redemptio jure commercii*, ainsi qu'à l'octroi au *redemptor* du *jus retinendi* caractéristique de cette institution. Avant même la fin de la république, le déclin de la solidarité familiale devait rendre déjà plus difficile le rachat des prisonniers dont le nombre s'accroissait avec la multiplication des guerres, et l'insuffisance de l'*officium pietatis* fut sans doute aggravée encore par l'extension des frontières du monde romain et l'éloignement des champs de bataille. Ces facteurs ont certainement joué un rôle important que certains auteurs ont bien noté (20). Mais pour nous l'élément décisif a été la confusion des valeurs sociales qui s'établit à Rome au début de l'époque impériale (21). Comme l'écrit dans sa thèse M. M. Nicolau « la liberté séparée du droit de cité n'a plus la valeur éminente qu'elle avait autrefois » (22). La servitude remplit continuellement les vides des classes supérieures, tandis qu'un citoyen qui a commis un acte particulièrement criminel ou odieux peut

(19) Déjà à l'époque des *Veteres*, un captif racheté par deux de ses compagnons était considéré à leur égard comme un homme libre : « *Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro 39º digestorum : Cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo pecuniam darent, isque reverti noluisset, et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent : Servius respondit æquum esse in eum reddere judicium* ». (D. III, 5, 21.)

Ce texte est d'ailleurs d'une portée contestable, car ainsi que l'a fait remarquer Ratti (op. cit., p. 185, note 22), la Lusitanie était une province romaine au temps de Servius, et la solution du jurisconsulte ne concernait donc pas une hypothèse de *redemptio ab hoste*.

(20) Par exemple cf. Albertoni, op. cité, p. 515, note 1 continuée p. 516.

(21) Cf. J. Carcopino : *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, pp. 81 et ss.

(22) Op. cité, p. 223, n° 446.

être réduit en esclavage (23). Dès lors les ventes et les achats d'hommes libres ont pu se multiplier sur les marchés de prisonniers (24), d'autant plus que les captifs dissimulaient peut-être leur condition véritable de peur que, faute de protection légale, leur misère ne fût exploitée davantage (25).

A une date qu'il est difficile de préciser exactement, mais que la plupart des auteurs situent dans la période des Sévères, une certaine « *constitutio quae de redemptis lata est* » a rendu le *redemptor* propriétaire du *servus redemptus* jusqu'au remboursement de la rançon de ce dernier par son ancien maître (26). Dans ces conditions un doute pouvait alors s'élever sur la situation du *civis redemptus* et sur la question de savoir si le *jus postliminii* serait également suspendu à son égard jusqu'à la restitution du *pretium redemptionis*.

Nous allons tenter de montrer que la théorie de la *redemptio commercii jure* fut élaborée par voie de construction

(23) Cf. Lévy-Bruhl : *Atti del congresso intern. di dir. Rom.*, 1933, tome 2, p. 471 ss.

(24) Dans un ordre d'idées un peu différent, cf. D. XXXI, 3, 44, pr. : « *Quod in homine libero qui bona fide servit..., propter assiduam et cottidianam comparationem servorum ita constitui, publice interfuit : nam frequenter ignorantia liberos enimus* ».

(25) Cf. Plaute, *Captivi* (références supra, p. 15, note 65). Cette dissimulation continua sans doute à intervenir, mais pour des raisons différentes, lorsque la situation du *redemptus* fut précisée en droit. Cf. infra, ch. Vente et Legs du *Redemptus*, page 91, note 13.

(26) Cette « *constitutio* » ne nous est connue que par trois textes du Dig. que leurs inscriptions attribuent à Tryphoninus D. XLVIII, 15, 12, § 7 : « *Si quis servum captum ab hostibus redemit, protinus est redimentis quamvis scientis alienum fuisse; sed oblato ei pretio quod dedit, postliminio redisse, aut receptus esse servus creditur* ». § 8 « *... nisi constitutio eum proprium fecisset...* ». § 9 « *... is de quo quaeritur lege nostra, quam constitutio fecit...* ».

Voir l'analyse bibliographique contenue infra dans notre note, p. 79. Cf. également Albertoni, op. cit., p. 516, note 2. D'après Krüger, op. cit., zweiter teil, §§ 11, 12 et 13, les fragments de Tryphoninus seraient remaniés. Primitivement, le *redemptor* aurait été possesseur du *servus*; plus tard seulement, la *constitutio de redemptis* (intervenue à l'époque postclassique et introduite ensuite dans les textes suspectés) l'aurait rendu propriétaire sous la condition résolutoire du remboursement de la rançon.

jurisprudentielle et que les modernes discutent aujourd'hui encore de l'effet du rachat des hommes libres, en prétendant marquer leurs thèses au coin d'une précision qui fut sans doute étrangère à la pensée des jurisconsultes romains eux-mêmes !

Les anciens auteurs soutenaient que le *redemptor* devait être considéré comme titulaire d'un droit de gage portant sur la personne du captif racheté. Cette théorie du *vinculum pignoris* est abandonnée de nos jours, et elle repose, comme nous le montrerons dans le chapitre final de notre thèse, sur une interpolation justinienne (27).

Cependant la plupart des romanistes éprouvèrent toujours une certaine difficulté à qualifier nettement la nature du *jus redemptoris*. De nombreux savants ont traité sommairement notre matière en se bornant à paraphraser les sources (28) tandis que certains autres ont tenté plus particulièrement de fonder le droit de rétention qui pèse sur le *redemptus*, et qui leur paraissait à juste titre le trait caractéristique de cette institution (29). Mais c'est seulement au

(27) *Infra*, ch. VII, page 112.

(28) Baron, *Instit.* Berlin, 1884, § 23, n° 3, p. 49.

Buckland, *Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908, p. 311 et ss.

Kretschmar, *Das Nexum und sein verhältnis zum Mancipium*, SSZ. RA. XXIX, 1908, p. 258, n° 1.

Kuntze, *op. cit.*, p. 561.

Manigk, *Pfandrechtliche untersuchungen*, I, p. 23.

Mayr, *Röm. Rechtsg.*, II. *Privatrecht*, Berlin, Leipzig, 1908, p. 34.

Naber, *op. cit.*, p. 214.

Puchta, *Cursus der Institutionen* II, Leipzig, 1833, p. 214, n° 3.

Rein, *Privatrecht*, p. 307, n° 1.

Schulin, *Uhrbuch des gesch. des röm. rechts*, p. 281.

Sintenis, *Pfandrecht*, § 13, p. 69.

Walther, *Gesch. des Röm. Rechts*, Bonn. 1860, p. 82, § 458.

(29) Boot, *De captivis et redemptis ab hostibus. Lugduni Batavorum*, 1836, p. 103 et ss.

Dirksen, *Die Quellen der Röm. rechtlichen theorie von der lösung der in fremde gefangenschaft gerathenen personen*, dans *Hinterlassene Schriften*, *op. cit.*, Leipzig, 1871, p. 284 et ss.

Karlowa, *op. cit.*, pp. 126-127.

début du ^{xx}e siècle que Pampaloni (30) crut trouver dans certaines remarques de Dernburg (31) et de Voigt (32) l'explication définitive de l'évolution historique de la *redemptio commercii jure*. L'auteur italien soutint alors que le prisonnier racheté tombait sous le *mancipium* du *redemptor*, et sa thèse fut acceptée ensuite sans discussion et même reprise et développée par la majorité de la doctrine (33). La controverse fut pourtant ranimée en 1930 par la pertinente étude de S. Romano (34) et l'année suivante le savant allemand H. Krüger (35) s'efforça de montrer qu'à l'époque classique le *redemptus* devenait l'esclave de celui qui l'avait racheté. L'idée maîtresse de ces travaux récents a été d'établir que le rachat faisait entrer le captif qui en était l'objet dans un lien de dépendance personnelle, et non pas dans un rapport obligatoire de nature purement patrimoniale. A cet

Salkowski, *Institutionen. Grundzüge des System von der geschichte des röm. privatrecht*, Leipzig, 1907, p. 120.

Zimmern, op. cit., § 196, p. 721.

(30) Persone in « *causa mancipii* » nel dir. romano Giustiniano *Bull. dell' istituto di dir. romano*, XVII (1905), p. 123 et ss.

(31) *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. rechts*, Leipzig, 1860, p. 427, note 22.

(32) *Röm. Rechtsgesch.* II, Stuttgart, 1899, p. 465 ss.

(33) En ce sens : Albertoni, *Rivista di Diritto internazionale*, XVII (1925), p. 358 ss.

Biondi, *Corso di istituzioni di dir. rom.*, I, Catania, 1929, p. 123.

Bonfante, *Corso di dir. rom.*, Roma, 1925, I, p. 139, n° 4.

Costa, *Storia del dir. rom. privato*, 2^e Ed., Torino, 1925, p. 155.

Giffard, *Manuel*, tome 1, livre II, ch. 3, note sur § 333 *in fine*.

Lewald, *Zur personalexekution im rechte der papyri*, Leipzig, 1910, p. 71 et ss.

Pacchioni, *Corso di dir. rom. privato*, 2^e Ed., Torino, 1910, II, p. 40.

Perozzi, *Ist. di Dir. Romano*, 2^e Ed., Roma, 1928, I, p. 296 ss. (D'après cet auteur, le *redemptus* aurait été esclave dans la période très ancienne, et plus tard seulement *in mancipio*).

Rabel, *Grundzüge des röm. Privatrecht. Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7^e Ed., München, Leipzig, 1915, I, p. 421.

Taubenschlag, *Das röm. Privatrecht zur Zeit Diokletians*, pp. 228-267. Voir l'interprétation particulière d'Arangio Ruiz, op. cit., p. 450.

(34) *Rivista ital. per le scienze Giur.* NS. 5, 1930, pp. 3-41.

(35) ZSS. n° 51, p. 203 ss : « *Captivus redemptus* » ; dans le même sens R. Monier, *Manuel* cité, Ed. 1941, I, p. 294.

égard les théories opposées de Pampaloni et de Krüger se rejoignent toutes deux en ce sens qu'elles représentent également une tentative de synthèse historique, et qu'elles tendent l'une et l'autre à intégrer la *redemptio* dans les cadres plus connus du droit des personnes, en faisant simplement de cette institution l'une des sources du *mancipium* ou de la servitude.

Mais d'autre part ces théories s'excluent mutuellement par leurs conclusions divergentes, et aucune d'elles ne parvient seule à expliquer complètement les faits. Ce sont les nombreuses contradictions qu'elles impliquent que nous proposons maintenant de mettre en lumière, avant d'exposer à notre tour un système particulier fondé sur les précédents chapitres de notre thèse.

I. — LE REDEPTUS N'EST PAS UN HOMME LIBRE IN CAUSA MANCIPII.

A) L'histoire montre que le *mancipium* commence sa décadence au moment même où la *redemptio* reçoit sa définition juridique. Comme l'écrit dans sa thèse M. J. Ellul (36) on peut se demander pourquoi cette institution d'ancien droit qui aboutissait à des résultats étrangers au droit moderne aurait été choisie pour donner naissance à une situation nouvelle ? D'autre part la structure du *mancipium* est étroitement liée au pouvoir de disposition du *paterfamilias* sur ses enfants, qui ne subsiste plus, pratiquement, dès la fin de la République, que sous forme de *noxae deditio* (37); et lorsqu'il revivra plus largement dans les temps plus difficiles du III^e et du IV^e siècle après J.-C., en provoquant des

(36) Op. cité, p. 463.

(37) Cf. Jörs-Kunkel-Wenger, *Manuel*, Ed. 1935, § 184, n° 4. Bonfante, *Scr. Giur. Var.*, 1, 64 et suiv.

Corso di dir. rom., Ed. 1925, vol. I, p. 82 ss.

C. J. IV, 43, 1 (294 ap. J.-C.).

mesures de répression (38), la condition du captif racheté aura déjà été précisée par les jurisconsultes classiques.

B) Une remarque qui rejoint la précédente et la complète est que la *mancipatio* peut seule créer une personne *in mancipio*. Romano (39) a bien développé cet argument, qui repose sur le caractère limitatif et non simplement énumératif du passage I, 116 et suiv. des *Institutes* de Gaius.

C) Car la « *ratio juris* » des institutions n'est pas la même, et l'effet du *mancipium* semble obéir à un principe fondamental qui est de séparer le droit public du droit privé (40) et qui remonte à une époque où la condition de liberté de l'*in mancipio* était implicitement protégée par le fait même que ce dernier ne cessait pas d'appartenir à la cité. Au contraire la garantie établie au profit du *redemptor* par le droit récent, bien qu'elle ne présente qu'un caractère personnel et temporaire (41), a néanmoins pour résultat de prolonger en quelque sorte la captivité du prisonnier : ce dernier perd momentanément son indépendance par suite de la suspension du *postliminium*.

D) L'expression « *vinculum mancipii* » que Pampaloni substitue systématiquement à celle de « *vinculum pignoris* » dans tous les textes qu'il a restitués (42) n'est pas romaine (43). La théorie de l'auteur italien aboutit ainsi à opposer

(38) C. J. IV, 43, 2 = C. Th. V, 10, 1 (329 ap. J.-C.).

Et Sentences de Paul, V, 1, 1.

(39) Op. cité, § 10.

(40) Cf. Bonfante, *Corso*, tome I, pp. 163-168 et bibliographie citée. Cf. également C. VIII, 46, 10.

(41) Cf. *supra*, ch. 3.

(42) Cf. *infra*, page 113, note 10.

(43) Le mot « *vinculum* » est employé dans les sources comme synonyme de « *ligamen, nexus, carcer, necessitas, onus, obligatio* ». Cf. D. L, 16, 224. L'expression « *vinculum servitutis* » se trouve dans les Fr. Vat., § 6 (Pap. lib III, resp) sans apparaître dans le passage apparenté du Digeste (D. XVIII, 7, 1). On la rencontre également au D. IV, 6, 1, § 1 : « *Si... rei publicæ causa abesset, inve vinculo servitute hostiumque potestate esset* ».

les classiques à eux-mêmes, de telle sorte que Gaius paraît être contredit par Gordien (44).

II. — LE REDEMPtus N'EST PAS UN SERVUS REDEMPtorIS.

Sans insister sur cet argument qu'un citoyen ne peut être réduit en servitude sur le territoire même de Rome (45), nous devons noter qu'à la différence de celle de l'esclave la condition du *redemptus* est temporaire et personnelle (46). Après son affranchissement le prisonnier racheté est ingénu et non pas « *libertus* » : il n'est pas tenu envers le rachetant comme envers un patron (47). D'autre part nous montrerons plus loin qu'à l'inverse de ce que prétend Krüger le fait de vendre le *redemptus* « als ein wahrer sklave » constitue pour le *redemptor* une fraude sanctionnée par l'action *ex empto* (48). Enfin l'assujettissement du racheté cesse avec sa mort, car juridiquement il recouvre sa liberté à son décès et meurt *statu recepto* (49).

Les textes infirment d'ailleurs le système de Krüger : car le passage d'Ulpien qui exclut le *redemptus* du bénéfice de l'interdit « *quod liberum* » n'aurait pas de sens s'il concernait un individu « *jure servus* ». D'ailleurs le jurisconsulte déclare expressément « *quamvis placeat hunc servum non esse* » dans un fragment de son commentaire *ad Sabinum* que nous avons d'excellentes raisons de croire authentique (50).

(44) Gaius, Inst. I, 138
« *Li, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur...* ».

Cf. également I, 123 et III, 114.

(45) Cf. Lévy-Bruhl, op. cit. supra, page 69, note 23. Cette affirmation n'est d'ailleurs entièrement valable que pour les temps primitifs.

(46) Cf. supra, ch. III, section IV : « Condition des enfants du *Redemptus* ».

(47) Cf. infra, ch. VI : « La *manumissio* du *Redemptus* », page 103.

(48) Cf. infra, ch. V : « Vente et legs du *Redemptus* ».

(49) Cf. supra, ch. II : « La mort du *Redemptus* ».

(50) Cf. supra, ch. III, section II : « Droit de témoigner ».

Gordien C. VIII, 50, 2 (a. 241)
« *Ab hostibus redempti... in causam [pignoris] <mancipii> magis quam in servilem conditionem videntur esse detrusti.* »

III. — SOLUTION PROPOSÉE. *Redemptus Redemptori Servit.*

Il apparaît bien dans les sources que l'assujettissement des *redempti* consistait à l'origine en un lien de dépendance personnelle. Car si les compilateurs ont appliqué aux captifs rachetés une condition juridique nouvelle issue de leur propre effort créateur, leur désir d'introduire une réforme n'a pu les conduire à inventer de toutes pièces le premier caractère de l'institution dont témoignent à la fois les passages d'Ulpien que nous venons de rappeler, la Constitution de Gordien au Code VIII, 50, 2 pr. et le « *jugum servitutis* » de C. VIII, 50, 8. Dans le même ordre d'idées le commentaire *ad Sabinum* d'Ulpien, livre 13, au D. XXXVIII, 17, 2, § 3 donne trois exemples d'enfants nés d'une femme esclave (« *et in servitute editi filii...* »); le troisième est le suivant : « *...vel si redempta edidit* ». Enfin il est nécessaire de tenir compte de tous les textes qui prouvent qu'à l'époque classique le *redemptus* était placé dans une situation juridique telle que toute sa personnalité en était modifiée, et que sa libération, en lui rendant son état primitif, le faisait bénéficier d'une véritable *status mutatio* (51). Romano a bien montré (52) que la construction de la situation juridique des *redempti* impliquait la conciliation de deux principes opposés : donner au redemptor « *che non aveva un vero e proprio credito giuridicamente riconosciuto verso il redemptus* » une garantie du remboursement de la rançon, et d'autre part ne pas placer le prisonnier racheté dans une situation pire que celle qui était la sienne pendant sa captivité à l'étranger. Car logiquement le *redemptio* peut faire bénéficier le *redemptor* des droits que l'*hostis* possédait sur le captif, mais elle ne peut davantage, et celui qui a racheté

(51) Cf. D. XXXVIII, 16, 1, § 4. D. XLVIII, 16, 8. C. J. VIII, 50; 2, § 1. C. J. VIII, 50, 17.

(52) Op. cité § 14.

un prisonnier de guerre ne saurait empirer la situation de ce dernier en exerçant sur lui des droits que les ennemis mêmes de Rome ne possédaient pas. Aussi bien la personne du *redemptus* pourra-t-elle être retenue par le *redemptor* à titre de garantie, mais non pas le patrimoine dont elle était propriétaire autrefois avant sa captivité. A ce point de vue il existe encore une différence capitale entre le statut d'un *servus* et celui du *captivus redemptus*. Krüger et Romano n'ont pas dégagé les conséquences de cette distinction que nous aurons à préciser ultérieurement.

La véritable nature juridique ancienne de l'assujettissement des *redempti* est cependant clairement définie par les deux textes qui ont été le plus souvent cités et commentés sur la matière qui fait l'objet de notre travail :

D. xxviii, 1, 20 § 1
(Ulpien, livre 1 *ad Sabinum*)

« *Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus, quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec [pretium solvat] <manumittatur>.* »

C. viii, 50. 2 (a. 241)

« *Ab hostibus redempti, quoad [exolvatur pretium] <manumittantur> [in causam pignoris constituti quam] in servilem conditionem videntur esse detrusi.* »

En admettant que la théorie du *vinculum pignoris* soit une construction justinienne, les corrections que nous apportons ici à ces deux passages fondamentaux apparaissent à la fois comme les plus simples et les plus naturelles. D'après nous Gordien décide en l'an 241 ap. J.-C. que les prisonniers rachetés de la captivité tant qu'ils n'ont pas été affranchis (53) « *in servilem condicionem videntur esse detrusi* ». Cette restitution du fragment original de la constitution 2 est non seulement correcte, mais encore presque

(53) Cf. infra, chap. VI, « La *manumissio* du *redemptus* ».

sollicitée par l'absence du mot *potius* pour commander le *quam* qui reste sans corrélatif dans le texte remanié par les compilateurs. Examinons maintenant les conséquences que notre restitution implique quant au fond du droit.

L'embarras ou l'hésitation des interprètes vient de ce qu'au premier examen des sources la décision de Gordien paraît contredire l'interprétation d'Ulpien qui la précède de quelques dizaines d'années. Car l'expression « *servilis condicio* » désigne incontestablement la position de droit de l'esclave (54); il ne saurait y avoir aucun doute sur ce point: c'est pourquoi Romano et Krüger ont été amenés à soutenir, comme nous l'avons montré au chapitre précédent, que le « *placeat hunc servum non esse* » ne pouvait pas avoir été extrait du passage original du premier livre *ad Sabinum* d'Ulpien.

Cependant le texte C. VIII, 50, 2 appelle un rapprochement avec les nombreux passages des sources qui définissent la condition du *captivus apud hostes* en spécifiant que ce dernier devient l'esclave des ennemis : par exemple Pomponius D. XLVIII, 15, 5, § 2... « *liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum* », Ulpien D. L., 16, 3, § 1 : ... « *Qui apud hostes decessit..... servus decessit* ». Gaius. frag. d'Autun : ... « *nam pater eorum, qui ab hostibus captus est, servus est* » (55).

(54) Cf. par exemple C. J. I, 14, 1 et D. XLVIII, 20, 1 pr.

(55) Cf. également D. III, 1, 1; XI, 7, 36; XXIII, 2, 45, § 6; XXVI, 1, 15; XXVIII, 3, 6, § 5; XXVIII, 2, 33; XXXVII, 1; 3, § 6; XXXVIII, 4, 13, § 2; XXXVIII, 16, 1, § 1; XXXVIII, 17, 2, § 3; XLVIII, 15, 4; XLVIII, 15, 12, § 9; Code Th. IV, 8, 5, § 5 et IV, 11, 17. Code J. VIII, 50, 14 et les autres textes indiqués par Ratti, op. cit., p. 180 ss.

Nous avons déjà précisé quelle était, selon nous, la situation juridique du citoyen romain prisonnier (supra, ch. II, p. 32, note 3). Celle-ci peut être envisagée théoriquement de trois points de vue différents : celui du droit étranger, celui du *jus gentium*, enfin celui du *jus civile*. La *servitus hostium* (qui désigne le résultat de la captivité d'après le droit des gens) ne définit l'état du captif que d'une manière incomplète : en effet, elle n'explique pas les conséquences de

Tout au contraire, la situation du *redemptus* est définie soit par de prudentes *périphrases*, soit par des expressions qui impliquent seulement une comparaison, et non une assimilation, avec l'état juridique du *servus* : « *vinculo quodam retineri* »...; « *...in servitutis jugum detineari* »... « *in potestate esse...* » (sans que cette *potestas* soit nécessairement, comme l'affirme Krüger, la puissance dominicale; cf. supra, ch. III, sect. 2). Cette terminologie nous rappelle celle que les jurisconsultes utilisent pour rapprocher la condition de l'*in mancipio* de celle de l'esclave (56). Gordien ne dit pas du *redemptus* que « *servus fit redemptoris* »; il précise plus subtilement que les prisonniers rachetés paraissent placés en servitude « *in servilem condicionem videntur esse detrusi* ». L'analogie est frappante avec le texte célèbre de Gaius qui indique que les fils de famille mancipés sont considérés comme des esclaves : « *ii, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur...* ». Personne ne soutiendrait que l'*in mancipio* était un *servus* dans le droit romain de l'époque classique : pourquoi donc interpréter différemment le « *habentur* » de Gaius, et le « *videntur esse detrusi* » d'Ulpien ?

Par ailleurs, nous avons démontré précédemment l'authenticité du commentaire *ad potestatis verbum* d'Ulpien, au D. XXVIII, 1. 20, § 1. Nous croyons même que ce dernier texte présente une importance essentielle par les indications qu'il fournit, tant sur la nature juridique de l'assujettissement des *redempti* que sur l'origine et l'évolution de l'institution que nous étudions.

La doctrine moderne a longuement discuté sur une certaine « *constitutio quae de redemptis lata est* » à laquelle Tryphonius fait allusion au D. XLVIII, 15, 12, §§ 7, 8 et 9

la *spes postliminii* (voir Ratti, op. cit., p. 194 et note 31), ni le fait que le patrimoine du *captus ab hostibus* soit protégé comme celui d'un absent ou d'un *liber in servitute*.

(56) Cf. Gaius, *Inst.*, I, 123. I. 138. II, 160. III, 114.

(57). Mais les auteurs ne sont parvenus à déterminer avec précision ni la nature, ni le contenu, ni la portée, et encore moins la date de la disposition législative envisagée (58). Pour nous ces incertitudes n'ont rien de surprenant : elles apportent au contraire une preuve supplémentaire du fait que la situation des captifs rachetés à l'ennemi n'était pas encore légalement précisée au début du troisième siècle. Telle est la raison pour laquelle Ulpien trouve nécessaire de justifier la solution qu'il donne au sujet de la non-appliquabilité de l'interdit exhibitoire (qui se serait comprise d'elle-même si le *redemptus* avait été *jure servus*); et l'empereur Gordien ne fait que confirmer les décisions des jurisconsultes (« *quamvis placeat hunc servum non esse* ») en affirmant que les *redempti* paraissent placés en esclavage : « *in servilem condicionem videntur esse detrusi* » (59).

(57) Cf. supra note 26, page 69.

(58) Cf. supra, note 26, page 69.

D'après la plupart des auteurs, cette *constitutio* ne réglait que la *redemptio servorum*. En ce sens, cf. :

Cuq, *Manuel*, op. cité, p. 86.

Dirksen, *Hinterlass. Schriften*, 2 B, pp. 268-271 et 275-276.

Kuntze, *Cursus*, p. 561.

Pampaloni, op. cité, p. 129, note 22.

Voigt, *Röm. Rechtsg.*, vol. II, pp. 465-467.

Mais d'après :

Naber, op. cité, p. 214;

Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, vol. II, p. 404;

Zimmern, *Röm. Rechtsg.*, B 1, abt 2, § 196, p. 722,

la disposition législative envisagée s'appliquerait également au *civis redemptus*.

La datation est aussi très controversée. La thèse la plus originale est celle de Karlowa, qui soutient que la *constitutio de redemptis* est à rapprocher de celle dont traite les Fr. Vat., § 1 « *Labeo quidam putabat... Julianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere* ». Il s'agirait donc d'un sénatus consulte de l'époque républicaine proposé par P. Rutilius.

Mais la plus grande partie de la doctrine soutient que l'on est en présence d'une véritable constitution de l'époque impériale (Buckland, Cuq, Kuntze et Voigt). En particulier Dirksen y voit une législation datant de Marc-Aurèle ou d'Antonin le Pieux, et visant à faciliter le rachat des captifs au moment de la transformation du *crimen plagii* en *crimen extraordinarium*.

(59) M. J. Ellul pense que cette constitution de Gordien « dont la

Ces nuances des sources n'avaient pas échappé à Cujas, qui, après avoir expliqué la célèbre différence entre « *servus esse* » et « *in servitute esse* » ou « *servitutem servire* », notait finement : « *redemptus ab hostibus redemptori servit, nec tamen est servus* » (60). Et dans le passage de son œuvre où il étudie spécialement la *redemptio* (61) le grand humaniste insiste à nouveau sur cette distinction en tirant argument du caractère purement personnel du lien qui assujettit le *redemptus* au *redemptor*, et aussi du fait que le prisonnier racheté devient ingénu et non affranchi après sa libération.

L'expression « *servitutem servire* » (62) s'oppose à « *ser-*

passage qui nous reste paraît assez significatif... a dû être la charte véritable de la *redemptio* ». Op. cité, p. 467.

(60) Op. cité, tome 4, col. 1118 A.

(61) Op. cité, tome 9, col. 1321 B et D.

(62) Cf. Fr. Vat. 307. Et le texte de Quintilien, *Inst. Or.*, 5, 10, 60; et 7, 3, 26 : « *An addictus, quem lex servire donec solverit jubet, servus sit ? Altera pars finit ita, servus est qui est jure in servitute : altera qui in servitute est eo jure quo servus, aut, ut antiqui dixerunt, qui servitutem servit* ».

Cf. également Plaute, *Mil. Glorios*, 2, 1, 17; 3, 1, 150; *Aulul*, 4, 1, 6; *Captivi* 2; 3, 31; Cicéron, *Top.* 29. Aulu Gelle 1, 12, 11.

Certains auteurs ont affirmé que « *servitutem servire* » n'avait jamais eu de sens juridique précis : par ex. M. Ellul, op. cité, p. 284 ss. et Al. de Medio « *Note su alcuni frammenti di Africano interpolati* », *Arch. Giuridico*, t. LXVIII, p. 230. Mais Michon, *Etude sur la succession ab intestat dans la loi des XII tables*, *NRH.* 1921, p. 134 ss. a soutenu au contraire que cette expression désignait la situation des individus placés dans un esclavage de fait quoique demeurant libres en droit.

Cette théorie a été reprise dans sa thèse par M. G. Ciulei, *Liber homo bona fide serviens*, Paris, 1941, qui pense que la locution a perdu son sens étroit à une certaine époque postérieure à la loi Cincia, pour désigner de manière générale tous les demi-libres qui n'avaient pas de statut juridique déterminé ainsi que les esclaves eux-mêmes.

Enfin, M. P. Noailles, dans son article « *Nexum* » *RHD* 1942, page 234 ss. a précisé que « dans la mesure où l'expression s'oppose à « *servus esse* », elle marque que ce sont les services et non la personne juridique qui sont en servitude ».

Nous conjecturons que l'emploi de cette vieille terminologie dans son sens technique est tombé en désuétude par suite de la dissociation de l'antique *civitas libertasque*, suivie de la confusion des valeurs sociales qui se produisit à Rome dans les premiers siècles de l'Empire.

Cependant, la distinction survit encore sous une autre forme, puis-

us esse » en ce sens que « *verbum servire usum significat, non dominium* ». Etre esclave c'est devenir l'objet d'un droit de propriété : « *dominio alieno subjectus esse* ». Au contraire, celui qui « *servitutem servit* », au sens étroit de cette expression, a engagé ses services sans abandonner sa personnalité ni son patrimoine. Ainsi l'*addictus* et le *nexus* demeurent propriétaires de leurs biens (63) et diffèrent essentiellement du *servus* en ce que ce dernier ne peut rien avoir qui n'appartienne juridiquement à son maître. C'est avec raison que Quintilien classait les captifs parmi ceux « *qui servitutem serviunt* » (64) puisque la servitude du droit des gens n'est pas entièrement assimilable à la *servitus* romaine (65) et que les biens des captifs sont protégés comme ceux de l'absent, et par des institutions semblables.

L'abolition de la condition des *nexi* par la loi *Poetelia Papiria* et le développement de l'exécution sur les biens dans la procédure formulaire ont fait perdre progressivement son importance à la catégorie de ceux « *qui servitutem serviunt* ». Mais si la *redemptio jure commercii* avait été déjà connue du temps de Quintilien, le rhéteur aurait pu appliquer presque mot pour mot au *redemptus* le raisonnement qu'il avait construit pour l'*addictus* et écrire « *ad servum nulla lex pertinet, redemptus legem habet* » (66). Comme le pensait

que même chez les juriconsultes classiques, comme le note bien Cujas (op. cit. tome 8, col. 712 D E) « *in servitute autem esse et servum esse diversa sunt, sicut possideri et in possessione esse* ».

(63) Pour l'*addictus*, la loi des XII tables spécifie « *si volet suo vivito* » et pour le *nexus*, cf. Tite-Live, II, 23.

(64) Cf. Quintilien, *Décl. mineure*, 311 : « *nam servire merito dicimus et eos qui in piratas inciderint, et eos qui ab hostibus sunt capti* ».

(65) Cf. infra ch. I « Mort du *Redemptus* », note 3, page 32.

Cujas écrit sur ce point : « *His quidem edicti verbis « in servitute » contineri captivi videntur. Sed hoc quia reversi in servitute potius quam servi fuisse intelliguntur, propter fictionem postliminii : et in prima certe parte edictis, qua succurritur absentibus, illis verbis « in servitute » et captivi poterant contineri* ». Cf. D. IV, 6, 11 et 14.

(66) *Inst. Oratoires*, 7, 3, 26. Ce rapprochement, qui est fait expressément par Cujas reste assez artificiel malgré son caractère suggestif et les analogies qui le justifient : car la condition juridique de l'*addic-*

Cujas (67), la *lex* du *redemptus* est de rembourser la rançon que le *redemptor* a donnée pour lui — *pretium redemptionis solvere* — afin de parvenir à la liberté en se faisant affranchir. Dans ce but il peut utiliser deux catégories de ressources, car nous croyons nécessaire d'établir une distinction entre les biens que le prisonnier racheté acquiert *post redemptionem* et ceux dont il était propriétaire avant de tomber en captivité. Il ne possède sans doute les premiers qu'à titre de pécule, comme le ferait un esclave, et en vertu de la « *somnolentia domini* ». Lorsqu'il les emploie à son rachat il effectue une opération analogue à la *redemptio suis nummis* de l'esclave (68). Mais les biens appartenant au *redemptus* avant sa captivité ne retournent pas immédiatement à leur ancien maître en raison de la suspension du *postliminium*; ils forment un second élément patrimonial qui demeure également indisponible pour le *redemptor* comme il l'était pour les ennemis, et qui à notre sens continue d'être protégé par la *cura bonum captivi* (69).

Quand le prisonnier racheté des ennemis est revenu dans sa patrie, la *spes postliminii* entraîne un changement important dans la nature de son assujettissement (70) : il était un *servus hostium*, il devient un *liber redemptus*. Il avait perdu la liberté (Just. inst. I, 12, 5, D. XLVIII, 15, 5, § 2 et L, 16, 3, § 1); il ne perd plus désormais que son indépendance : « *quamvis placeat hunc servum non esse* ». Il

tus est différente de celle du *redemptus*, parce qu'elle a été créée en un temps où la structure de la cité donnait une forme très particulière à l'engagement de la personne de ses membres.

(67) Op. cit. tome 3, col 367 B. « *Sive servus igitur sive liber sit, is qui noxæ deditus est noxam sarcendo, id est solvendo judicatum, invito domino manumittitur, quia addicti locum obtinet : et ideo nec patronus est qui manumisit. eademque condicio est redemptus ab hostibus* ».

(68) Cf. infra ch. 6 « La *manumissio* du *redemptus* ».

(69) Cf. supra ch. II « La mort du *redemptus* », p. 32. Il convient de remarquer que la famille du *redemptus* demeure aussi complètement étrangère au *redemptor*.

(70) Voir Ratti, op. cit. p. 192 et note 29.

cesse d'être esclave tout en étant placé *in servitute* (D. XXVIII, 1, 20, § 1; XXXVIII, 17, 2, § 3; XLVIII, 16, 8). Lorsqu'il se dégage du lien qui l'assujettit au *redemptor* il retrouve son statut juridique antérieur à la captivité : *statum pristinum recepit* (C. VIII, 50, 17). De même il meurt *statu recepto* (D. XXXVIII, 16, 1, § 4). Mais cette *status receptio* n'est pas une *datio libertatis*. Il importe de remarquer que parmi les nombreux passages des sources qui traitent de la délivrance du *redemptus* à l'égard du rachetant, l'idée du retour à la liberté ne se rencontre que dans trois textes. Le premier d'entre eux oppose le rachat des citoyens à celui des esclaves (71); le second concerne une *redemptio suis nummis* (72); enfin le troisième confirme notre opinion bien qu'il soit manifestement interpolé en ce qui concerne l'action du *postliminium* (73). Nous croyons donc pouvoir conclure à bon droit : *liber redemptus redemptori servit* : le prisonnier racheté est un homme libre; mais il est traité comme un esclave : il est « *in servitute* ».

Dès lors l'évolution historique de notre institution s'explique par le souci du législateur de faciliter toujours davantage la libération des *redempti*. Primitivement la *redemptio* donnait lieu à une sorte de prolongement de la captivité,

(71) Cf. C. VIII, 50, 20 « *decet redemptos... opere quinquennii... referre beneficii, habituros incolumen, si in ea nati sunt, libertatem* ». L'incidente « *si in ea nati sunt* » implique que le mot *libertas* est employé pour opposer la situation des *cives redempti* à celle des anciens esclaves qui, au bout de cinq ans, resteraient en servitude, le *postliminium* ayant seulement pour effet de substituer la puissance de leur ancien maître à celle du *redemptor*.

(72) Cf. D. V, 1, 67 (Ulpien *liber 6 disputationum*) expliqué *infra*, p. 98.

(73) D. XLVIII, 15, 21 pr. « ... [*ideoque eam quæ postliminio reversa erat libera et ingenua, ingenuum peperisse constat...*] ». Il s'agit d'une *redempta* qui a été épousée par le *redemptor* et qui, du fait de l'intention matrimoniale de ce dernier, a bénéficié du *postliminium* dès le moment même de la *redemptio*. Voir *supra*, ch. I, p. 23. On ne saurait prétendre *a contrario* qu'à l'époque classique la suspension du *postliminium* maintenait la *redempta* dans la même situation qu'une « *serva hostium* ».

avec cette circonstance singulière que le *redemptor* ne pouvait contraindre celui qu'il avait racheté à utiliser son patrimoine en suspens pour se libérer.

Le progrès du droit consista à admettre que le *redemptus* pouvait recevoir le prix de son rachat d'un legs ou d'une hérédité; on décida aussi qu'il demeurerait héritier en dépit de sa condition de dépendance, et qu'enfin il était capable de revendiquer une succession (74). La jurisprudence avait posé de bonne heure le principe que le *redemptor* ne devait tirer aucun bénéfice spéculatif de l'opération qu'il entreprenait (75), et la législation dioclétienne multiplia le nombre des cas dans lesquels le prisonnier racheté était libéré, tout en supprimant désormais la nécessité de l'acte d'affranchissement autrefois indispensable pour briser le *vinculum redemptionis* (76).

Un pas décisif restait à franchir qui devait consister à tarifier en quelque sorte la valeur *des operae* du *redemptus* : ce fut l'œuvre des empereurs Honorius et Theodose au début du v^e siècle de notre ère. Mais elle trahit déjà l'influence décisive du christianisme sur la matière que nous étudions, tandis qu'elle annonce et prépare les transformations profondes que subira la *redemptio ab hostibus* dans le droit de Justinien (77).

(74) Cf. supra, ch. II, « La mort du *Redemptus* »; ch. III, section 6 « Droit de revendiquer une hérédité ».

(75) Cf. infra, ch. V : « Legs et vente du *Redemptus* ».

(76) Cf. infra, ch. VI : « La *manumissio* du *Redemptus* » et les réformes de Dioclétien et Maximien.

(77) Cf. infra, ch. VII : « La réforme d'Honorius et de Theodose; L'interpolation du terme *vinculum pignoris* et des expressions analogues dans les compilations de Justinien ».

CHAPITRE V

LEGS ET VENTE DU REDEMPPTUS

Deux passages du Digeste nous apprennent que celui qui rachète un prisonnier de guerre de la captivité peut ensuite le léguer ou le revendre. Malgré la brièveté et l'imprécision des fragments concernant cette matière, nous croyons que l'étude attentive des sources permet de dégager quelques idées assez importantes, parce que particulièrement évocatrices de la situation juridique du *redemptus* pendant l'époque classique.

Nous avons divisé le présent chapitre en deux sections distinctes qui seront suivies d'une conclusion commune.

Section I. - Le Legs du Redemptus

D. XXX, 1, *De legatis et fideicommissis*, 43. § 3 (Ulpian, L° 21, *ad Sabinum*) :

« *Qui ab hostibus redemptus est legari sibi poterit, et proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris quod in eo habuit qui redemit.* »

Il résulte de ce texte que le *redemptus* peut être considéré à la fois comme l'objet et le bénéficiaire d'un même legs dont l'effet consiste à éteindre le lien de gage, *vinculum pignoris*, né de la *redemptio*.

Romano estime que le fragment d'Ulpien est trop bref et trop obscur pour permettre de fonder une opinion (1). Il ajoute qu'on ne comprend pas de quelle manière le *redemptus* peut être légué à lui-même : « *in fatti, non si capisce come il redento possa essere considerato oggetto di un legato a se stesso* ».

Deux systèmes explicatifs ont été proposés en vue de répondre à cette question : mais l'un et l'autre s'efforcent simplement de solliciter le texte pour l'intégrer dans le cadre de théories beaucoup plus générales.

Pour Pampaloni (2) la *redemptio* fait tomber celui qui en est l'objet, vis-à-vis du *redemptor*, dans la même condition que celle du fils de famille *in mancipio*. Le maître italien affirme que le passage d'Ulpien rapporté au titre de *legatis* doit s'analyser en une *manumissio testamento*, par laquelle le *redemptor* décide dans son testament que le prisonnier qu'il a racheté deviendra *sui juris*.

En suspectant le texte d'Ulpien « *la cui alteratione è evidente, sebbene non si possa tentarne la restituzione* », Pampaloni suppose que le fragment original du jurisconsulte devait prévoir la possibilité de léguer à n'importe qui la personne rachetée, ainsi que celle de lui laisser son indépendance par un affranchissement testamentaire.

Mais cette thèse se heurte cependant à de très sérieuses difficultés. Rien ne prouve que la formule de la *manumissio testamento* ait été la même pour les personnes libres et pour les esclaves (Gaius II, 267). En outre, si le *redemptus* était un homme libre, le *redemptor* ne pouvait pas exercer sur lui un droit de propriété, et par conséquent il ne pouvait pas le léguer (3).

Pour H. Krüger (4) la *redemptio* en droit romain clas-

(1) Op. cit., § 11 *in fine*.

(2) Op. cit., lettre k) et note 42.

(3) Voir la conclusion du présent chapitre, *infra*, p. 93.

(4) Op. cit., erster teil, § 6 « *legatum* ».

sique fait du prisonnier de guerre l'esclave de celui qui l'a racheté de la captivité : le *redemptus* deviendrait un *servus redemptoris*. L'analyse de la décision d'Ulpien aurait pu s'intégrer assez facilement dans le système du savant allemand : mais ce dernier, soutenant d'autre part qu'avant la période dioclétienne un affranchissement était inutile pour rompre le lien qui assujettit le captif racheté au *redemptor*, analyse l'opération comme « *eine remissio des kaufpreises, so dass der redemptus ipso jure frei ward* ». Ce qui constituait pour Pampaloni une *manumissio testamento* devient aux yeux de Krüger une libération « *ipso jure* ». Cependant s'il s'agissait véritablement d'une remise de dette portant sur le remboursement de la rançon, le legs devrait avoir pour objet, non pas le *redemptus* lui-même, mais le *pretium redemptionis*. D'ailleurs Krüger estime lui aussi que le fragment classique a été altéré, puisque après avoir exposé sa théorie il conclut : « *Das ist dem (umgemodelten) schluss satz zu entnehmen* » : telle est la manière dont il faut comprendre la phrase finale du texte (qui a été remaniée). D'après l'auteur allemand, Ulpien, dans le passage original de son commentaire *ad Sabinum*, devait examiner également l'hypothèse où le *redemptus* faisait l'objet d'un legs à une tierce personne quelconque et décider que cette opération était effectivement valable.

Section II. - La Vente du Redemptus

Ici encore là controverse demeure ouverte sur la reconstitution, dans sa teneur classique, de notre source principale : un fragment de Paul, tiré du 70^e livre *ad Edictum* de ce jurisconsulte, et conservé au D. XLVIII, 15, 19, § 9.

« *Si is qui erat ab hostibus, pluris alii [jus pignoris quod in redempto habet cesserit Trib] <redemptum vendiderit>, non eam quantitatem, sed priorem redemptus reddere debet, et emptor habet actionem adversus eum qui vendidit ex empto.* »

La correction reproduite ici est celle qui a été proposée par Romano, et qui nous paraît la plus vraisemblable. Elle fait dire à Paul que si le *redemptus* a été vendu par le *redemptor* pour une somme supérieure à celle de la rançon, il ne sera tenu cependant que du remboursement de cette dernière, l'acheteur pouvant poursuivre le *redemptor* par l'action née de la vente (5).

Le texte rétabli de cette manière est rendu beaucoup plus correct dans la forme et dans le fond. Le verbe *emere* reçoit un complément, tandis que le début du fragment est mis en harmonie avec la partie finale qui parle de l'action *ex empto*. D'ailleurs Krüger lui-même approuve la reconstruction de Romano, et ne présente la sienne propre, qui sera examinée plus loin, que sous une forme simplement hypothétique (6).

La possibilité de vendre le *redemptus* est attestée d'autre part par un texte de la fin du troisième siècle, une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien de l'année 293, au Code VII, 14, 4 :

« *Cum cognatum tuum ingenuum, factum Palmyrenae factionis velut captivum, distractum esse dicas, praeses provinciae ingenuitati suae reddi eum efficiet* » (a. 293).

Deux manuscrits du code donnent une version de ce texte où il est question du *captivus redemptus*, et non du simple

(5) Comme nous le montrerons dans le dernier chapitre de notre thèse, lorsque les compilateurs ont remanié les textes classiques concernant notre matière pour y introduire la théorie du gage, la question s'est posée de savoir si le *jus distrahendi* serait accordé au *redemptor*, conformément au droit commun. La solution négative exigeait l'interpolation de « *redemptum vendiderit* » en « *jus quod in redempto habet cesserit* ».

(6) Op. cit., § 5. « Romano will lesen : « ... » : möglich, aber ich knüpfe an « *cesserit an* ». Das « *cedere* » in der kompilation ist häufig ein verkürztes ehemaliges « *in jure cedere* ». Demnach hätte Paulus geschrieben « *Si redemptum mancipio dederit vel in jure cesserit* ». Ist das richtig, so kann der losgekaufte nicht wie ein sklave veraüssert werden, sondern er wird als ein wahrer sklave veraüssert. »

captivus reversus ordinaire (7). L'hypothèse considérée est celle où la *redemptio* a été suivie d'une vente (*cum... distractum esse dicas*) et l'empereur ne conteste nullement la validité de cette aliénation. Ce n'est pas en raison de l'inefficacité de la vente que le prétendu *redemptus* recouvrera son ingénuité, mais bien parce que la captivité qui avait précédé le rachat n'était pas une captivité véritable, susceptible d'engendrer des effets juridiques incontestés (8).

S'agit-il au contraire de l'achat d'un *redemptus* authentique, alors l'acheteur acquiert des droits indiscutables qui sont précisés par Paul au D. XLVIII, 15, 19, § 9 : « *non eam quantitatem, sed priorem redemptus reddere debet, et emptor habet actionem adversus eum qui vendidit ex empto* ».

Malgré sa brièveté, ce texte fournit des indications précieuses : pour comprendre toute leur portée, trois remarques sont nécessaires :

1° Le prisonnier racheté de la captivité ne peut pas être l'objet d'une aliénation pure et simple. Si le redemptor le revend, c'est avec une *lex* du type « *ut pretio accepto manumittatur* », inhérente à la nature du contrat, et dont l'application ne saurait être éludée par la volonté des parties. Ainsi la situation juridique du *redemptus* vis-à-vis du *redemptor* (9) est donc conservée et prolongée à l'égard de

(7) Cf. *Edition critique* de Krüger. Voir aussi Theod. aux Basiliques XLVIII, 10, 10.

(8) La guerre civile est impuissante à engendrer les mêmes effets que la captivité, parce qu'une faction intérieure ne peut être assimilée à l'ennemi étranger auquel le peuple romain a déclaré la guerre : « *qui in alterutras partes discedunt, vice hostium non sunt eorum, inter quos jura captivitatum aut postliminiorum fuerint* » (D. XLVIII, 15, 21, § 1). Cf. également Tacite, *Hist.* III, 34 et III, 36.

(9) Code Just. VIII, 50, 6 : « *Cum... proponas redemptorem noluisse oblatum pretium a te vel ab alio recipere, præses provinciæ efficaciter instantia compellet eum legibus obtemperare, et recepto eo quod pretii nomine dependitur, status securitatem non inquietare* ». Ce texte de l'année 291 ne fait que consacrer une obligation plus ancienne que Dioclétien et Maximien ont assouplie en supprimant l'ancienne *manumissio* du *redemptus*.

tout nouvel acquéreur. Ce dernier devra affranchir lorsque la dette née de la *redemptio* sera éteinte; on peut même penser avec vraisemblance que d'autres obligations lui ont été également imposées (10).

2° La somme que le *redemptus* remboursera à l'acquéreur pour obtenir sa liberté est fixée à l'avance. Elle est égale au montant de la rançon. Il est à remarquer que cette situation n'est pas unique en droit romain, mais présente au contraire une analogie frappante avec celle du *statuliber* :

Ulpian. Reg. II, 4 :

« *Statuliber sub hac condicione liber esse jussus, « si decem millia heredi dederit », et si ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet, idque lex duodecim tabularum jubet. »*

Il demeure bien entendu que nous ne pouvons établir ici qu'une comparaison, et non une assimilation véritable. Car l'une des institutions est beaucoup plus ancienne que l'autre (11), et d'autre part on ne doit pas perdre de vue que le *statuliber* ne deviendra plus tard qu'un affranchi, alors que le *redemptus* recouvrera au contraire la qualité d'homme ingénu qui était déjà la sienne avant sa captivité (12).

3° Si le prix de la vente est plus élevé que le *pretium redemptionis*, l'acheteur se trouve lésé d'une somme égale au montant de la différence de ces deux quantités. Paul décide que dans ce cas la sanction sera un recours contre le vendeur « *et emptor habet actionem adversus eum qui vendidit*

(10) Par exemple l'interdiction de prostituer la *redempta*, à la fin du troisième siècle (Code Just. VIII, 50. 7). Cette prohibition serait demeurée sans effet si le *redemptor* avait pu la tourner en revendant à une tierce personne la femme qu'il avait rachetée.

(11) Ulpian spécifie que la règle qu'il expose remonte à la loi des XII tables; Modestin, au D. XL, 7, 25, affirme de son côté « *statuliberos posse venumdari leges duodecim tabularum putaverunt* ».

(12) Cf. C. VIII, 50, 6; VIII, 50, 11 et VIII, 50, 16.

Il est intéressant de noter que l'affranchissement testamentaire sous condition de payer une certaine somme à l'héritier modifie la

ex empto ». A notre sens l'objet capital du présent chapitre est de préciser le fondement et la portée de ce recours.

L'hypothèse la plus simple consiste à supposer qu'il y a eu tromperie sur la valeur de la rançon : mais cette supposition ne résiste guère à un examen attentif. L'acheteur averti que l'objet du contrat est un ancien prisonnier racheté de la captivité ne manquera pas en effet d'interroger le *redemptus* (13) et de s'informer du montant exact de la *redemptionis quantitas*. En réalité la nature de la supercherie intervenue est beaucoup plus grave. C'est une constitution de Dioclétien, au Code VIII, 44 (*de evictionibus*), § 21, qui la met pleinement en lumière. Le *principium* énonce la règle que l'action de la vente « *longi temporis praescriptione non submovetur* », et le paragraphe 1 donne l'exemple suivant : « *Si itaque is, quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamat, interpellare venditorem sive successores ejus debes ut tibi adsistant causamque instruant. Quem si liberum esse vel servum non esse fuerit pronuntiatum, nec te conventionem remisisse periculum evictionis fuerit comprobatum, praeses provinciae, si res integra est, quanti tua interest restitui tibi providebit* » (14).

Ce texte (15) permet d'interpréter clairement le sens du situation de l'esclave dès le moment du décès du testateur. Le *servus* ne peut être privé de l'argent qu'il a économisé pour sa libération avant la mort de son maître et si l'héritier tentait de le lui enlever comme un pécule ordinaire, la condition serait réputée accomplie par le seul fait que l'héritier l'a empêchée de s'accomplir. L'esclave est traité comme un homme libre (*statuliber*) dès le décès du testateur, quant au pécule qu'il possède à ce moment (D. XL, 7, 3, §§ 7 et 8; XL, 7, 35).

(13) La *redemptio ab hostibus* n'existait pas du temps de Plaute en tant qu'institution privée. Mais un bon exemple d'interrogatoires de captifs étrangers réduits en servitude se trouve dans une pièce de cet auteur *Captivi*, acte II, scènes II et III. Remarquons que le *redemptus*, autrefois citoyen romain, n'aurait aucune raison et ne trouverait aucun intérêt à tromper l'acheteur éventuel sur son identité véritable ou sur le prix dont dépend sa libération éventuelle.

(14) P. Krueger corrige « *Quem si liberum esse vel servum <tuum> non esse fuerit pronuntiatum...* ».

(15) Cf. également C. J. VIII, 44, § 12 et VIII, 44, § 25 « *si tibi liberam... distraxit... empti actione... convenire potes* ».

fragment de Paul. Un *redemptor* a aliéné comme un véritable esclave celui qu'il avait racheté de la captivité. Peut-être même l'a-t-il vendu en même temps qu'un certain nombre de ses véritables esclaves — au sens propre du terme, — et l'acheteur n'a pas soupçonné la fraude dont il était victime (16). Ultérieurement le *redemptus* prétend obtenir son affranchissement en remboursant le montant de la rançon. Le vendeur est appelé en garantie, mais son acquéreur subit néanmoins une éviction à la suite du procès en liberté. L'action *ex empto* aboutit alors à la restitution de l'*id quod interest*, c'est-à-dire à la réparation du dommage que l'acquéreur n'aurait pas éprouvé s'il avait acquis un véritable esclave.

CONCLUSION

Les remarques qui précèdent nous semblent infirmer nettement le système soutenu par Krüger. Ce dernier restitue ainsi le fragment D. XLVIII, 15, 19, § 9 : « *Si is qui emat ab hostibus pluri alii redemptum mancipio dederit vel in jure cesserit...* » et conclut : « *ist dies richtig, so kann der losgekaufte nicht bloss wie eine sklave veraüssert werden, sondern er wird als ein wahrer sklave veräussert* ».

A notre sens un tel raisonnement ne tient pas compte de ce que l'aliénation du *redemptus* « *als ein wahrer sklave* » constitue précisément une *fraude* sanctionnée par l'action *ex empto*. Ainsi le prisonnier racheté de la captivité ne se trouve pas dans la même situation que celle d'un *servus* ordinaire. Et le fait même qu'il ait été l'objet d'une vente n'implique aucune contradiction : car dans ce contrat le vendeur s'engage seulement à procurer à son cocontractant

(16) Il est probable, bien que nous ne puissions pas en apporter la preuve pour l'époque classique, que le *pretium redemptionis* était normalement inférieur au prix de vente d'un esclave ordinaire et cela en raison même de la protection légale dont bénéficiait spécialement le *redemptus*.

la jouissance des services, le « *habere licere* » du *redemptus*, et non pas à transférer sur ce dernier un droit de propriété absolu et perpétuel (17).

En tenant compte des explications que nous avons déjà données dans le chapitre précédent, nous pouvons maintenant apporter une interprétation satisfaisante du fragment D. XXX, 43, 3 où Ulpien examine les conséquences du legs d'un captif racheté : « *qui ab hostibus redemptus est, legari sibi poterit...* »

Il est important d'observer tout d'abord qu'à la différence de la vente, la stipulation de donner (18) ou le legs (19) ayant pour objet un homme libre sont formellement prohibés en droit romain classique. Au contraire ces opérations devien-

(17) Sans doute pourrait-on objecter que les parties doivent se comporter « *ex fide bona* », de sorte qu'en n'accomplissant pas l'acte translatif, *mancipatio* ou *in jure cessio*, le vendeur commettrait un dol. Cependant, rien ne prouve que l'hypothèse de la vente du *redemptus* implique un transfert du *dominium* sur le prisonnier racheté, et que la tradition « *ut habere liceat* » ne soit pas suffisante. Paul affirme comme une règle générale, au D. XVIII, 1, 34, § 1, que l'on peut vendre toutes les choses « *quas quis habere vel possidere potest* », et Gaius dans ses *Institutes*, parle de l'homme qui est possédé par un autre « *sive liber sit, sive servus* » (II, 92).

En cas d'ignorance de l'acheteur, le droit romain classique admet la validité de la vente et des actes de transfert ayant pour objet toute personne humaine, parce que la portée de ces actes n'est pas la même selon qu'il s'agit d'un esclave ou d'un homme libre. Dans ce dernier cas, l'obligation de procurer à l'acquéreur un « *habere licere* » sur la personne libre est possible, là où au contraire l'obligation de donner ne le serait pas.

Cette distinction a été nettement établie par Biondo Biondi (*La Vendita di cose fuori di commercio*, §§ 1 à 5, dans *Studi in onore di S. Riccobono*, vol., IV) contre Haymann, « *Die Haftung des Verkaufes für die beschaffenheit der kaufsache* », 1912, pages 1 et svtes.

Voir également Giannetto Longo, « *La res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli* » dans *Studi in onore di P. Bonfante*, vol. III, pages 363 à 386 et notamment page 373.

(18) Pour l'interdiction de la stipulation de donner, cf. Gaius, III, 97, Inst Just. III, 19, 2; D. XLV, 1, 83; § 5 et D. XLIV, 7, 1; § 9.

(19) La nullité du legs portant sur un homme libre est affirmée dans les *Règles* d'Ulpien 24, 9 : « *Liber homo... nec per damnationem legari potest* ».

nent possibles lorsqu'elles ne portent que sur les *operae* du *liber* (20).

D'autre part l'acte analysé par Ulpien présente un caractère très particulier : l'expression « *legari sibi poterit* » ne s'explique que parce que le *redemptus* est l'objet d'un *vinculum pignoris* dans le droit de Justinien. La construction des compilateurs établit alors une identité entre le débiteur gagiste et la chose engagée. C'est pourquoi le texte D. XXX, 43, 3, doit être rapproché d'un autre passage des sources qui traite de l'hypothèse où un créancier gagiste a légué à son débiteur la chose qui avait été engagée :

D. XXXIV, 3, *De liberatione legata*, 1, § 1 (Ulpien, livre 21, *ad Sabinum*).

« *Julianus scripsit, si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum habereque eum actionem, ut pignus recipiat priusquam pecuniam solvat. Sic autem loquitur Julianus, quasi debitum non debeat lucrari : sed si alia testantis voluntas fuit, et ad hoc pervenietur exemplo luitionis.* »

Le jurisconsulte décide que le débiteur aura une action pour reprendre sa chose (*ut pignus recipiat*) quoique la dette principale demeure toujours valable (*priusquam pecuniam solvat*). L'effet libératoire ne serait complet que si la volonté du créancier pouvait être interprétée dans ce sens (« *sed si alia testantis voluntas fuit* »).

A la lumière de cette solution il est facile de comprendre dans quelle intention les compilateurs ont écrit : *Redemptus sibi legari poterit* ». Alors que le legs de la rançon emportait incontestablement la libération du captif racheté, le legs de la personne même du *redemptus* pouvait dispenser ce dernier de l'obligation de servir l'héritier, tout en laissant demeurer intacte la dette du *pretium redemptionis*. C'est

(20) D. XXXIII, 2, 3 « *hominis quoque liberi operæ legari possunt, sicut locari et in stipulationem deduci* ».

pourquoi le texte remanié spécifie expressément : « *Et proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris quod in eo habuit qui redemit* ».

En droit classique le legs du *redemptus* ne pouvait aboutir qu'à quatre résultats différents :

1° Libérer purement et simplement le prisonnier racheté quand il avait été fait en sa faveur : l'opération devait alors s'analyser comme un affranchissement testamentaire plutôt que comme un legs proprement dit.

2° Libérer le *redemptus* de l'obligation de servir l'héritier, sans pour cela le dispenser de rembourser le montant du prix de sa rançon.

3° Produire le même effet qu'un *legatum operarum* lorsqu'il bénéficiait à un tiers; le légataire étant tenu d'une *lex* « *ut pretio redemptionis accepto manumittatur* ».

4° Être frappé de nullité, conformément aux principes généraux du droit, si le testateur avait voulu transférer le *dominium* sur le prisonnier racheté considéré comme un esclave.

L'interpolation du fragment d'Ulpien est si profonde qu'une reconstitution scientifique du passage classique s'avère impossible. Cependant la quatrième solution était certainement envisagée d'abord dans le texte primitif, dont la nouvelle rédaction se trouve placée à la fin d'un extrait de la masse sabinienne où le jurisconsulte précise quelles sont les choses « *quae senatus legari non permisit* ».

Nous ne pensons pas que les théories de Krüger et de Pampaloni puissent permettre une interprétation heureuse de la matière qui fait l'objet du présent chapitre : car, en définitive, le prisonnier racheté de la captivité est placé dans une situation juridique provisoire, dont la définition peut être précisée par des comparaisons, mais non par une assimilation complète avec des états de droit particuliers, tels que ceux du fils de famille mancipé, du *servus*, du *sta-*

tuliber. La position du *redemptus* se présente comme intermédiaire. Spécialement en ce qui concerne la matière du présent chapitre, elle ne peut être assimilée à la servitude : car elle est celle d'un homme libre; mais d'un homme libre qui sert temporairement le redemptor *eo jure quo servus*, parce qu'il est placé *in servitute*.

CHAPITRE VI

LA MANUMISSIO DU REDEMPTUS ET LES RÉFORMES DE DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN

Si la *redemptio jure commercii* n'était que l'une des sources du *mancipium* ou de l'esclavage, un affranchissement serait indispensable (conformément aux principes généraux du droit romain) pour libérer le captif racheté de son assujettissement (1). Or, cette nécessité a été contestée par Romano (2) et Krüger (3) après avoir été énergiquement affirmée par Pampaloni (4) et Albertoni (5). La *manumissio* du *redemptus* pose en effet des problèmes complexes qui n'ont jamais encore été envisagés dans leur ensemble. Leur

(1) Cf. Gaius, I, 138.

(2) Op. cit., § 13 *in fine*, § 14 et § 15 *in fine*.

(3) Op. cit. § 7 « *manumissio* ».

(4) Op. cit., notes 22, 23 et 25 et surtout notes 40 et 41, pp. 137-138. L'auteur invoque par analogie la Coll. II, 3, 1 : « *per hominum liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a prætore qui noxae deditum accepit* ».

Cf. également Gaius, I, 138 et Inst. Just., 4, 8, 3.

Le texte de la *Collatio* est à rapprocher aussi de D. XXXXIII, 29, 3, § 4 où Ulpien, après avoir expliqué dans quelles conditions l'interdit « *quod liberum* » doit être appliqué au *redemptus*, ajoute : « *proinde et si libertum suum vel alumnum vel noxae deditum adhuc impuberem, idem erit dicendum* » (c'est-à-dire que dans les deux cas il existe une *justa causa retinendi* »).

(5) Op. cit., pp. 519, 520, 521, 522 et notes.

examen permet de mieux comprendre comment le rachat des captifs engendre une condition de dépendance spéciale, ayant ses règles particulières. Ces problèmes seront étudiés dans le présent chapitre, en suivant l'ordre même de leur évolution historique, en trois sections successives.

Section I

L'Affranchissement du Redemptus à l'époque classique

Le texte qui paraît au premier abord le plus décisif en notre matière est un passage du sixième livre des « *disputationes* » d'Ulpien conservé au D. de *Judiciis*, V, 1, 67 :

« *Qui se dicit suis nummis redemptum, si hoc probaverit, exinde liber erit, ex quo redemptus est : quia constitutio non liberum pronuntiari praecipit, sed restitui ei libertatem jubet. Proinde compellendus erit manumittere eum qui se suis nummis redemit. Sed et si latitet, exempla Senatusconsultorum ad fideicommissam libertatem pertinentium debere induci oportet.* »

Ce fragment est invoqué par Pampaloni en faveur de la thèse de l'affranchissement (6). Albertoni le cite aussi péremptoirement sans discussion (7). Au contraire Romano et Krüger se refusent catégoriquement à l'examiner, en déclarant qu'il ne traite pas d'une « *redemptio suis nummis ab hostibus* » mais de l'institution toute différente par laquelle un esclave parvient à la liberté en se faisant acheter à son maître par une tierce personne qui l'affranchit ensuite (8).

(6) Cet auteur juge évidente la portée de D. V, 1, 67, bien qu'il corrige (op cité, note 40) [*ei libertatem*] en <*eum ingenuitati*> *restitui*.

(7) Op. cité, texte p. 515.

(8) La convention par laquelle un esclave s'engage à remettre à une personne de confiance l'argent nécessaire pour l'acheter à son maître et lui donner ensuite la liberté a été sanctionnée sous Marc-Aurèle par une action en exécution : cf. D. XL, 1, 4; XL, 1, 5 pr. et §§ 1 à 12; XL, 1, 19 et C. J. IV, 57, 4; VI, 3; 8. Cuq, *Manuel*, Edition

La controverse est d'autant plus délicate à trancher que le texte d'Ulpien est peut-être interpolé, et que l'opposition qu'il contient (*quia constitutio non liberum pronuntiarum praecipit, sed restitui ei libertatem jubet*) est difficile à interpréter (9). Mais il nous paraît impossible de placer ici le *redemptus* dans une situation de fait très différente de celle d'un esclave ordinaire. Nous avons montré dans un précédent chapitre que les *redempti* pouvaient être l'objet d'une revente après leur rachat (10) et dans cette hypothèse une curieuse analogie se présente entre la *redemptio ab hostibus* et la *redemptio suis nummis* (11). Elle n'est d'ailleurs pas la seule à poser le problème assez curieux des rapports qui ont pu exister à l'époque classique entre les deux institutions (12).

1928, page 82, note 2. Lothar von Seuffert : « *Der loskauf von sklaven mit ihrem geld. Eine rechtsgeschichtliche untersuchung* », 1907, et le compte rendu de P. Koschaker dans ZSS (1908), p. 507. Cf. également Ph. Lotmar, *Marc Aurels Erlass über die Freilassungsaufgabe* ZSS, 33 (1912), p. 304 ss. et spécialement p. 310, notes 3 et 4.

(9) P. Krueger dans l'édition Mommsen du Digeste corrige D. V, 1 65 en ajoutant *non* devant *exinde* : « *si hoc probaverit <non> exinde liber erit...* ». Mais Seuffert, (op. cité supra, p. 10), critique cette version en invoquant les Basiliques VII, 51, § 66, et explique le texte comme l'avait déjà fait Cujas par l'acquisition rétroactive de la liberté au moment de la vente. P. Koschaker, op. cité, p. 517, conclut à l'interpolation, « *die stelle ist also wahrscheinlich gekürzt und überarbeitet* » et suppose que le texte classique comparait l'hypothèse de la *redemptio suis nummis* avec celle d'une « *venditio servi hac lege ut manumittatur* ».

(10) Cf. supra, ch. V : « Legs et vente du *redemptus* ».

(11) L'emploi du verbe *reddere* dans le texte que nous avons étudié sur la vente du *redemptus* : D. XLVIII, 15, 19, § 9 « *non eam quantitatem, sed priorem redemptus reddere debet* » incite à penser à l'hypothèse où l'acquéreur de l'esclave racheté *suis nummis* a consenti à ce dernier l'avance de la somme nécessaire. D. XL, 1, 4, § 5 : *Proinde si ei nummos prorogavit emptor, cum ei pariauerit (paruerit F^o), poterit ad libertatem pervenire* ».

(12) Le *civis redemptus ab hostibus* ne doit pas les *operæ* au *redemptor* (C. VIII, 50. 11). Il en va de même du *servus suis nummis redemptus* à l'égard de son acquéreur : « *si tuus nummis emptus es ab eo a quo manumissus es, nec operas ei debes neque puniri ab eo utpote ingratus potes : patronus tamen tuum esse negari non oportet* » (C. VI, 3, 8, année 224).

Si on écarte les dispositions applicables à l'esclave racheté de la captivité (13), deux textes que nous avons déjà cités prouvent de manière très probante la nécessité d'un affranchissement pour libérer le *civis redemptus* de sa condition de dépendance :

D. XLVIII, 15, 21 pr.

XLVIII, 15, 21 § 1.

Ulpien L. 5 *opinionum*

« *Si quis ingenuum ab hostibus redemptam eo animo secum habuerit, ut ex ea susciperet liberos, et postea ex se natum sub titulo naturalis filii cum matre manumiserit : ignorantia [mariti] <domini> ejusdemque patris neque [statui eorum quos manumisisset] visus est, officere debet;...* »

« *Qui in alterutras partes discedunt, vice hostium non sunt inter quos jura captivitatum aut postliminiorum fuerint, et ideo captos et venum datos posteaque manumissos placuit supervacuo repetere e principe ingenuitatem quam nulla captivitate amiserant* ».

Dans les deux hypothèses prévues par le jurisconsulte, la *manumissio* était inutile, et c'est par suite de l'ignorance du *redemptor* ou de l'*emptor* qu'elle est intervenue (14). Mais cette ignorance même porte sur les cas exceptionnels ou particuliers qui motivent la dissertation d'Ulpien et le rachat ne s'est laissé tromper que parce qu'il appliquait précisément la règle générale qui exigeait l'affranchissement dans le droit commun de la *redemptio commercii jure*. Pour

(13) Cf. D. XLVIII, 15, 12, § 14 « *Si fideicommissa libertas debita captivo fuerit, redemptus nondum eam petere potuit nisi redemptori satisfecerit* ».

(14) Nous avons déjà montré supra (*Jus postlimini*, pages 23-26 et ch. III, section 4, note 35, p. 56) que le texte D. XLVIII, 15, 21 pr. avait été interpolé, et que l'*ignorantia* du *redemptor* devait être entendue de manière différente en droit classique (où l'affranchissement de la mère seule avant le mariage aurait suffi) et dans le droit de Justinien (où l'intention matrimoniale du racheteur est libératoire par elle-même depuis Dioclétien).

Le cas envisagé au D. XLVIII, 15, 21, § 1 est celui d'une fausse *redemptio*, car la guerre civile est impuissante à engendrer les mêmes effets de droit que la captivité véritable (cf. supra, ch. V : « *Legs et vente du redemptus* », p. 89, note 8).

interpréter les textes d'une manière différente en soutenant que le remboursement ou la remise de dette sans forme aurait été suffisant pour libérer les *redempti*, on ne peut recourir à cette hypothèse extravagante que le *redemptor* se serait livré à une sorte de fraude en procédant à l'affranchissement dans le seul but (qu'il n'aurait d'ailleurs pas atteint) d'acquérir des droits de patronat sur la personne rachetée.

Albertoni a émis la conjecture que la *manumissio* intervenait ordinairement sans formes solennelles (15). L'indépendance accordée à l'ancien captif par le *redemptor*, lorsque ce dernier avait été désintéressé du montant de la rançon, pouvait être en effet protégée par le droit honoraire, et dans ce cas le prêteur tenait sans doute la main à ce que le *redemptus* ne soit pas retenu à nouveau par son ancien maître (16). Mais l'usage d'actes plus rigides a dû être maintenu par la nécessité de préciser le moment de la libération et d'en réserver la preuve, ainsi que le donne à penser la forme d'un texte déjà étudié sur le mariage de la *redempta*, qui confirme d'une manière générale la thèse que nous soutenons dans le présent chapitre (17).

Enfin les dispositions législatives de la fin du troisième siècle que nous allons maintenant examiner forment une démonstration supplémentaire de la *manumissio* du prisonnier racheté pendant la période historique précédente.

(15) Op. cité, p. 519.

(16) Cf. Ulpian, *Règles* I, 10.

Wlassak, *Die prætatorischen freilassungen. Ein beitrag zur lehre von der mittelbaren willensäusserung*, ZSS. 26 (1907) RA p. 367 ss. et Jörs-Kunkel-Wenger, *Manuel*, p. 70, § 41, n° 3.

(17) Cf. supra, ch. III. C. VIII, 50, 2, § 1 (a. 241) « *Proinde si ab hostibus redemptam post [dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum] <manumissionem> in matrimonio habere cæpisti...* ».

En ce qui concerne la preuve de l'affranchissement, nous reconstituons comme suit l'état primitif de C. VIII, 50, 11 (a. 293) :

« *Si liberum captum te ab hostibus commercio redemit Sabinus, et cum [vinculum pignoris superstitem tibi remisisse] <te manumississe> probetur...* »

Cf. infra, section II, p. 103.

Section II. - Les Réformes de Dioclétien et Maximien

C. VIII, 50, 6. : « *Cum et postliminii jus et communis utilitatis ratio exigit ut, si qui captos ab hostibus redemerint, accepto pretio redemptos suae ingenuitati restituant, proponasque redemptorem noluisse oblatum pretium a te vel ab alio recipere, praeses provinciae [efficaci instantia] compellet eum [legibus obtemperare et] recepto eo quod pretii nomine dependitur status securitatem non inquietare.* »

Ce rescrit de l'année 291 est d'une forme quelque peu emphatique (18), mais nous le croyons moins profondément interpolé que certains auteurs ne l'ont affirmé (19). Il précise la relation directe qu'il crée entre la *restitutio ingenuitatis* procurée par l'action du *postliminium*, et l'offre (même non volontairement acceptée) du remboursement de la rançon. Enfin, il spécifie que les dispositions qu'il renferme seront sanctionnées par l'autorité du gouverneur de la province.

Trois ans plus tard une réforme très complète intervient, qui pose un principe général de la plus haute importance :

C. VIII, 50, 17 (a. 294) : « *Liber captus ab hostibus et commercio redemptus tunc demum cum pretium solverit vel hoc ei qualicumque remittatur indicio, statum pristinum recepit.* »

Désormais c'est l'intention libératoire du *redemptor* et non plus l'acte solennel autrefois indispensable, qui joue le rôle principal dans la *status receptio* du prisonnier racheté (20). Tous les cas particuliers de libération de ce der-

(18) Vernay, dans *Etudes*, Girard II, p. 269.

(19) Taubenschlag, *Das Röm. Privatrecht zur Zeit Diokletians*, Cracovie, 1923, p. 267, note 3 : « in dem Reskript ist wohl [et postliminii — restituant] [a te — alio] [efficaci instantia] [legibus obtemperare] itp. ».

(20) Il faut lire en effet (comme Cujas l'avait déjà bien noté) « *vel hoc ei qualicumque remittatur indicio* » et non *judicio*.

nier sont en quelque sorte résumés dans ce texte de synthèse.

Enfin un troisième fragment de l'époque dioclétienne précise à la fois les conditions et les conséquences de la *restitutio ingenuitatis* :

C. VIII, 50, 11 (a. 293) : « *Si liberum captum te ab hostibus redemit Sabinus et cum [vinculum pignoris superstitem remisisse tibi] <...> probetur, non libertus effectus, sed ingenuitati quam amiseras restitutus, nullum filiis ejus obsequium debes.* »

Personne n'a su dégager jusqu'ici l'histoire de ce passage du code qui ressort pourtant d'une manière assez claire de l'évolution même de la *redemptio*.

Quand les empereurs Dioclétien et Maximien ont rédigé ce rescrit, ils avaient sous les yeux un texte classique qui traitait de l'hypothèse d'un « *liber redemptus posteaque manumissus* ». Autrefois lorsque le *redemptus* avait été affranchi après avoir remboursé le montant de sa rançon, le problème se posait de savoir si la *manumissio* aurait pour effet de rendre l'ancien captif un affranchi, tenu à l'égard de son *redemptor* des obligations de patronat, ou si le prisonnier racheté serait réintégré dans sa condition juridique primitive de citoyen ingénu. La solution du texte classique était une conséquence d'un principe général de droit romain énoncé dans les sentences de Paul, V, 1, 1 : « *veritati et origini ingenuitatis manumissio quocumque modo facta non praejudicat* ». La même règle est encore précisée maintes fois dans les sources sous une forme différente (21).

Les empereurs ayant supprimé la nécessité de l'affranchissement à la fin du III^e siècle ont écrit : « *et cum pretium redemptionis tibi remisisse probetur* ».

(21) C. VII, 14. *De Ingenuis manumissis*, 2 : « *neque nutrimentorum sumptus neque servitutis obsequium faciunt ancillam, neque manumissio libertinam* (a. 241). Cf. également C. VII, 14, 7 et VII, 16 *De liberali causa*, 34 et 39.

Enfin l'introduction de l'expression « *vinculum pignoris* » est l'œuvre des compilateurs, et toutes ces corrections successives ont rendu méconnaissable la version primitive, qui pourtant explique seule l'opposition conservée au début du second membre de phrase « *non libertus effectus, sed ingenuitati quam amiseras restitutus* ».

Pour terminer l'explication de ce texte, nous remarquons que Pampaloni (22), critiqué justement par Romano (23), a proposé un remaniement aussi arbitraire qu'inutile en plaçant entre crochets le « *quam amiseras* » de la phrase finale. Il aurait mieux valu supprimer le fragment tout entier, puisqu'il conserve néanmoins, grâce à l'« *ingenuitati restitutus* » qui subsiste, le sens qu'on voulait à tout prix lui enlever. Et la solution qu'il donne est toute naturelle, puisque le citoyen racheté avait perdu son ingénuité pendant qu'il était aux mains de l'ennemi.

Section III. - Les Conséquences de la Réforme

A) LA « RESTITUTIO INGENUITATIS ».

Après la réforme dioclétienne, le résultat essentiel de la libération du *redemptus* consiste dans la « *restitutio ingenuitatis* » de ce dernier. L'expression « *restituere ingenuitati* » a fini par prendre un sens assez particulier en droit récent (24), soit que par suite du progrès des mœurs ou pour expliquer le mécanisme des bienfaits du prince on ait reconnu que tous les hommes naissaient ingénus à l'origine en vertu du droit naturel (25), soit que l'on ait appliqué cette

(22) Op. cit., note 25.

(23) Op. cit., § 13.

(24) R. Monier, *Petit vocabulaire de Droit Romain*, 2^e Edition, 1934, au mot « *ingenuus* ».

(25) Cf. Marcien au D. *de natalibus rest.* XL, 11, 2 « *illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset* ».

fiction de l'ingénuité préexistante aux individus dont l'état avait été déterminé par un procès en libertinité (26).

Mais le prisonnier racheté redevient véritablement ingénu en ce sens qu'en réalité il est né libre de parents libres, et que sa *servitus hostium* comme son assujettissement envers le *redemptor* sont effacés par l'effet du *postliminium* au moment du remboursement de la rançon. A la fin du troisième siècle les contestations relatives au statut du *redemptus* donnent lieu à une *cognitio extra ordinem*, et le fardeau de la preuve incombe à celui qui discute l'état de fait existant au moment du procès (27). Dès lors la différence essentielle qui existe entre le captif racheté et le prisonnier évadé ou libéré de toute autre manière consiste dans l'action du *postliminium* (28). Le droit de retour autrefois suspendu jusqu'au moment de l'affranchissement du *redemptus* s'exerce désormais à l'instant même où se manifeste une cause de libération. La *restitutio ingenuitatis* est éventuellement contrôlée par le gouverneur de la province pour les *redempti* comme pour les *captivi*, et dans des conditions analogues. L'intervention du magistrat le conduira toujours à examiner s'il se trouve en présence d'un véritable homme libre revenu de captivité (29); dans l'affirmative il devra préciser si un rachat est intervenu, s'informer le cas échéant de sa nature

(26) Girard, *Manuel*, Ed. 1939, p. 131, note 4.

(27) Girard, *Manuel*, Ed. 1939, p. 137, note 3.

Cuq, *Manuel*, Ed. 1928, pp. 106-107 et notes.

(28) Cf. C. VIII, 50, 5 (a. 291) pour le « *sine ullo contractu traditus a barbaris* » et C. VIII, 50, 12 (a. 293) pour le « *virtute militum liberatus* ».

(29) Cf. C. VII, 20, 1 (*de Coll. deteg.*) de l'année 290 où un esclave qui a entretenu un commerce illicite avec une femme libre se concerte avec elle pour tromper le juge, et se fait passer pour « *captivus reversus* » afin d'être déclaré ingénu.

Les empereurs Dioclétien et Maximien décident que cet esclave n'a pas changé de condition, puisque aussi bien on ne lui a pas donné la liberté, mais qu'on a seulement tenté de le confirmer dans sa fausse ingénuité. Cf. également la version des Basiliques XLVIII, 23, 1 (Heimbach, tome VI, 572).

(puisque la *redemptio pietatis causa* n'engendre aucun assujettissement) et rechercher en outre si le droit du *redemptor* a été ou non éteint.

B) LES CAS DE LIBÉRATION.

Au début du III^e siècle après J.-C., celui qui avait racheté un prisonnier de la captivité pouvait être contraint à l'affranchir après avoir été désintéressé du montant de la rançon (30), et peut-être même dans d'autres hypothèses (31). Mais après la législation dioclétienne les causes de libération des *redempti* ont un effet libératoire automatique : elles entraînent l'application immédiate du *postliminium* et provoquent ainsi *ipso jure* une *status receptio* dont le gouverneur de la province se borne à assurer l'efficacité en cas de contestation. Leur nombre a été multiplié, et désormais le *redemptus* est délivré non seulement s'il rembourse le *pretium redemptionis*, mais même si son offre n'est pas volon-

(30) La preuve directe de cette affirmation fait défaut, mais notre conjecture est fortement étayée par les deux textes suivants, que nous avons déjà cités :

- | | | |
|---|---|---|
| { | a) pour l'homme libre qui a fait l'objet d'une <i>noxae deditio</i> | Coll. II, 3, 1 « <i>per hominem liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit quantum damni dedit manumittere cogendus est a prætore qui noxae deditum accepit.</i> »
Cf. également Gaius I, 138 et Just Inst. 4, 8, § 3. |
| | b) pour le « <i>suis nummis redemptus</i> » | D. V. 1. 67 « <i>...proinde compellendus erit manumittere eum qui se suis nummis redemit...</i> » |

(31) Le *redemptus* a dû bénéficier d'assez bonne heure d'une protection légale analogue à celle accordée aux esclaves, en vertu d'une évolution généreuse des idées humanitaires, sous Claude, Néron et Domitien, et surtout au second siècle, sous Hadrien et Antonin le Pieux. A cet égard, l'interdiction de prostituer la *redempta* édictée en 291 (C. VIII, 50, 7) ne fait sans doute que reproduire une prohibition antérieure.

tairement acceptée (32). Les deniers nécessaires peuvent provenir aussi bien d'une hérédité (33) que du pécule acquis par le prisonnier racheté; et d'autre part le rachetant peut renoncer à son droit en accordant une remise de dette (34) qui sans doute joue pratiquement le même rôle que l'ancien affranchissement testamentaire (35). L'intention matrimoniale du *redemptor* constitue en outre un indice suffisant de sa volonté libérale (36) qui peut d'ailleurs se manifester sous une forme quelconque pourvu qu'elle soit clairement exprimée (37). Enfin l'assujettissement des *redempti* prend fin lorsque le rachetant abuse de son droit, et notamment s'il prostitue la *redempta*. Sur ce point Dioclétien et Maximien ont dû exprimer sous une forme nouvelle une sanction historiquement plus ancienne (38).

C) LES INTERPOLATIONS DU DIGESTE ET DU CODE.

La suppression de l'affranchissement du *redemptus* à la fin du III^e siècle a eu pour conséquence : 1° la désuétude et l'élimination d'un certain nombre de textes classiques qui n'ont pas été reproduits dans les compilations justiniennes, ce qui explique dans une assez large mesure les lacunes présentées par les sources; 2° l'interpolation de plusieurs frag-

(32) C. VIII, 50, 6 (a. 291). Cette disposition a entraîné l'interpolation d'un texte du Digeste : XLIII, 29, 3, § 3. Voir *supra*, ch. 3, section 1 « *Jus retinendi* ».

(33) Cf. C. VIII, 50, 15 (a. 294) et D. XXXVII, 6, 1, § 17, expliqués *supra*, ch. III, section 6.

(34) Cf. C. VIII, 50, 2 (a. 241) : « *et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinae conditioni eos reddi manifestum est* ». Ce passage provient d'une glose introduite dans la constitution de Gordien, après la réforme dioclétienne.

(35) Cf. D. XXV, 43, § 3, commenté *supra*, ch. V : « Legs et vente du *redemptus* », p.

(36) Cf. C. VIII, 50, 13 (a. 294), commenté *supra*, ch. III, section 3 : « Mariage du *redemptus* ».

(37) Cf. C. VIII, 50, 17 (a. 294).

(38) Cf. C. VIII, 50, 7 (a. 291) et note 31, page précédente.

ments du Digeste et du Code, où le mot « *manumissio* » a été remplacé par celui de « *luitio* », et le verbe « *manumittere* » par l'expression « *pretium solvere ou exsolvere* » (39). La plupart de ces remaniements ont déjà été indiqués par Pampaloni et Albertoni (40) et nous avons nous-même expliqué plus haut certaines corrections plus difficiles (41).

(39) Ces interpolations sont les suivantes :

Au Digeste :

D. XXVIII, 1, 20, § 1 : « ... *donec* [*pretium solvat*] <*manumittatur*>. V. supra, ch. III, section 2.

D. XXXVIII, 16, 1, § 4 : « ... *nondum* [*succedunt ante luitionem*] <...?>.

D. XLVIII, 15, 15 : « ... *et ante* [*luitionem*] <*manumissionem*> *defuncto*... ». Voir supra, ch. II : « La mort du *redemptus* ».

D. XLVIII, 16, 8 : « ... *priusquam* [*se luant*] <*manumittantur*> ». Voir supra, ch. III, section 5.

Au Code :

VIII, 50, 2 (a. 241) : « *Ab hostibus redempti, quoad* [*exsolvatur pretium*] <*manumittantur*> [*in causam pignoris constituti quam*] *in servilem condicionem videntur esse detrusi* [*et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinae condicioni eos reddi manifestum est*] *Proinde si ab hostibus redemptam post* [*dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum*] <*manumissionem*> *in matrimonio habere cepisti, nihil est, quod de statu ejus seu liberorum communium debeas pertimescere* ».

(40) Pampaloni, op. cité, note 40 et 41. Cet auteur signale que pour rétablir la version classique de D. XXXVIII, 17, 2, § 3, il faut ajouter à la phrase finale *vel si redempta edidit* <*et mox cum eo manumissa est*>. Nous avons cité ce texte plus haut, ch. IV, Origine et nature de l'assujettissement des *redempti*, page 75.

Albertoni, op. cité, pp. 517, 520, 521, 522.

(41) Ces corrections sont les suivantes :

D. XLVIII, 15, 21 pr.

« *Si quis ingenuam ab hostibus redemptam eo animo secum habuerit, ut ex ea susciperet liberos, et postea ex se natum sub titulo naturalis filii cum matre manumiserit : ignorantia* [*mariti*] <*domini*> *ejusdemque patris, neque* [*statui eorum quos manumisisse visus est officere debet; et exinde intelligi oportet remissum matri pignoris vinculum, ex quo de ea suscipere liberos optaverat : ideoque eam quæ postliminio reversa erat libera et ingenua, ingenuum peperisse constat*] » <...>

Voir supra, ch. I, *Jus postlimini*, p. 23; ch. III, section IV, note 35, p. 56.

D. XLVIII, 29, 3, § 3.

[*plane si offertur pretium... fin*].

Voir supra, ch. III, section 1 « *Jus retinendi* », p. 42, note 2.

CHAPITRE VII

LA CONSTITUTION D'HONORIUS ET DE THEODOSE L'INTERPOLATION DU TERME « VINCULUM PIGNORIS » ET DES EXPRESSIONS ANALOGUES DANS LES COMPILATIONS JUSTINIENNES LE DROIT RÉCENT ET LES FACTEURS DE SON ÉVOLUTION

Nous avons montré comment la législation dioclétienne débarrassa le rachat des captifs de l'ancien formalisme qui l'enserrait autrefois : mais cette institution devait subir encore une évolution plus profonde. La condition des *redempti* s'améliora sans cesse, et des facteurs récents intervinrent alors, qui finirent pas transformer complètement la structure même de la *redemptio ab hostibus*.

Sans analyser le détail de réformes dont l'étude a été volontairement exclue de notre travail (1), nous avons rassemblé dans le présent chapitre quelques remarques qui permettent de mieux comprendre pour quelles raisons les sources classiques ont été remaniées par les commissaires de Justinien. La dernière section de notre thèse contient en outre un certain nombre d'indications sur la formation

(1) Voir *supra* notre Introduction, page 2.

du droit récent de notre matière, qui à lui seul justifierait une étude nouvelle beaucoup plus approfondie.

Section I.

La Constitution d'Honorius et de Theodose

Les règles concernant la *redemptio ab hostibus* requrent des applications fréquentes lorsque l'empire romain fut menacé de toutes parts par les barbares (2). Ce fut sans doute à la suite de la terrible ruée barbare du début du v^e siècle, au cours de laquelle Alaric envahit l'Italie du Nord (3) que les empereurs Honorius et Théodose promulguèrent en l'an 409 une longue constitution dont trois versions différentes nous sont parvenues (4) sur le traitement de ceux « *quos barbarica feritas captiva necessitate transvexerat* » et sur le rachat des prisonniers de guerre (5).

(2) Cf. St. Ambroise, *De Off. Ministr.* II, 15, § 70 « *Quanti ubique venales erant toto captivi orbe, quos si revoces, unius provinciæ numerum explere non possint* ».

(3) Voir Buckland, op. cit., p. 314, note 7.

(4) C. VIII, 50, 20 = C. Th. V, 7, 2 dans l'Edition Mommsen, ou V, 5, 2 dans l'Edition Haenel = *Constitutiones Sirmondianæ* XVI.

(5) C. VIII, 50, 20 (a. 409) : « *Diversarum homines provinciarum cujuslibet sexus condicionis ætatis, quos barbarica feritas captiva necessitate transvexerat, invitos nemo retineat, sed ad propria redire cupientibus libera sit facultas. Quibus si quicquam in usum vestium vel alimonie impensum est, humanitate sit præstitum nec maneat vicualis sumptus repetitio : exceptis his, quos barbaris vendentibus emptos esse docebitur, a quibus status sui pretium propter utilitatem publicam emptoribus æquum est redhiberi. Ne quando enim damni consideratio in tali necessitate positus negari faciat emptionem, decet redemptos aut datum pro se pretium emptoribus restituere, aut laboris obsequio vel opere quinquenii vicem referre beneficii, habituros incolumen, si in ea nati sunt, libertatem. Reddantur igitur sedibus propriis sub moderatione qua jussimus, quibus jure postliminii etiam veterum responsis incolumia cuncta servanda sunt. Si quis itaque huic præcepto fuerit conatus obsistere actor conductor procuratorque, dari se metellis cum pœna deportationis non ambiget : si vero possessionis dominus rem suam fisco noverit vindicandam seque deportandum. Et ut facilis exsecutio proveniat, Cristianos proximorum locorum volumus hujus rei sollicitudinem gerere : curiales quoque proximorum civitatum placuit admoneri, ut emergentibus talibus causis sciant legis nostræ auxilium deferendum : ita ut noverint rectores universi*

La rédaction de ce texte trahit incontestablement l'influence du christianisme (plus accentuée dans les *Constitutiones Sirmondianae*) et la préoccupation d'adoucir le plus possible le sort des captifs rachetés sans néanmoins décourager les rachats : « *ne damni consideratio... negari faciat emptionem* ». Les chrétiens sont d'ailleurs chargés de l'exécution de cette loi dont l'innovation essentielle consiste dans la tarification *des operae* du *redemptus*.

Le mécanisme de principe de la *redemptio* est demeuré le même, la « *quantitas redemptionis* » doit être remboursée au *redemptor*, car « l'utilité publique exige que le prix de la rançon soit restitué à ceux qui l'ont payé ». Mais autrefois le prisonnier racheté se libérait « *laboris obsequio vel operae* » dans la mesure du *pretium*, et sans qu'une équivalence précise fût établie entre la valeur de la rançon et le bénéfice économique procuré au rachetant par les prestations serviles de l'ancien captif (6). A l'avenir la libération interviendra « *laboris obsequio vel operae quinquennii* », c'est-à-dire que cinq ans de services tiendront lieu de tout paiement, l'écoulement du délai légal entraînant la fin de l'assujettissement du *redemptus* de manière fatale et automatique (7). La constitution d'Honorius et de Théodose précise donc que la valeur de cinq années de travail est équivalente à la dépense engagée par le *redemptor*; la rançon elle-même cesse d'être prise en considération puisque le *redemptus* se trouve dans une situation particulièrement misérable : cette idée avait déjà été exprimée par la législation dioclétienne, quoique cependant, il est vrai, dans un cas tout à fait particulier (8).

decem libras auri a se et tandumdem a suis apparitoribus exigendum, si praeceptum neglexerint.

(6) Cf. Pampaloni, op. cité, pp. 128-129, note 22.

(7) Dans l'*Ecloga Leonis et Constantini VIII*, 6, la valeur des *operae* du *redemptus* sera déterminée annuellement devant témoins.

(8) C. VIII, 50. 7 : « *etiam si pretium compensatum non est, ex necessitate miserabili...* ».

Des sanctions rigoureuses sont édictées par les empereurs tant contre les hommes d'affaires qui tenteraient de violer la loi que contre les magistrats ou leurs appariteurs qui négligeraient d'en assurer l'exécution : les premiers seront condamnés à la déportation et au travail des mines; les seconds devront payer une amende de 10 livres d'or. La sévérité des mesures de répression précédentes donne à penser que l'application effective des dispositions légales se heurtait sans doute de la part des *redemptores* à une résistance ou à un mauvais vouloir sur lequel les gouverneurs de province se contentaient parfois de fermer les yeux.

Section II.

L'interpolation du terme « *Vinculum Pignoris* » et des expressions analogues dans les compilations justiniennes

Dans les compilations du ^{vi}e siècle, la personne du *redemptus* est considérée comme l'objet d'un droit de gage institué au profit du *redemptor* pour garantir le remboursement de la rançon :

C. VIII, 50, 2 : « *ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium, in causam pignoris constituti quam in servilem condicionem videntur esse detrusi.* »

D. XXX, 43, 3 : « *Qui ab hostibus redemptus est, legari sibi poterit, et proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris quod in eo habuit qui redemit.* »

D. XLVIII, 15, 19 § 9 : « *Si is qui erat ab hostibus pluris alii jus pignoris quod in redempto habet cesserit...* »

Mais le captif racheté est en même temps débiteur gagiste du *pretium redemptionis*, et sa condition ne dure que jusqu'au remboursement de sa dette (*quoad exsolvatur pretium*). S'il meurt *apud redemptorem* et que son fils offre de désintéresser le *redemptor*, on le considère comme libéré de son obligation : « *quasi jure pignoris finito, nactum postli-*

minium, et sine obligatione debiti obisse » (D. XLVIII, 15, 15).

Un grand nombre d'auteurs, anciens et même modernes (9) ont admis le caractère classique de cette théorie du *vinculum pignoris*, ainsi que l'authenticité des 9 textes du II^e et du III^e siècle sur lesquels elle repose (10). D'autres romanistes (11) ont qualifié de simple droit de rétention le lien établi au profit du *redemptor*, sans insister sur la complexité de ce lien dont le *redemptus* constitue simultanément l'objet et le sujet. En réalité la construction juridique du *vinculum pignoris* contient de multiples contradictions internes que Cujas avait déjà entrevues (12) et qui ont été

(9) Notamment :

A. Favre, *Jurisprudentia Papiniana*, Lugduni, 1607, Tit. III, princ IV, ill. III et Tit. XI, princ. VIII, ill. XI et svts.

Schifordegherus, *Libri tres ad A. Fabrum*, Oppenheim, 1610, Lib. II, tract. 22, quaest. 2; III, tract. 21, quaest. 7 et svtes.

G. Budé, *Sententiarum liber III*, Caput X.

Et parmi les modernes :

Bachofen, *Das römische pfandrecht*, Basel, 1847, pages 273 et svtes.

Betti, *La struttura dell' obbligazione romana e il problema della sua genesi*, in *Annuario della università degli studi di Camerino*, 1919, page 183, note 14.

P. F. Girard, *Manuel*, page 142.

Kohler, *Pfandrechtliche forschungen*, Iéna 1882, pges 49-50.

Leonhard, dans l'article « *redemptor* » de la *Realenz. de Pauly-Wissowa*, n° 3, reihe 2, halband 1.

Ratti, *Studi sulla captivitas. Riv. ital. per la scienze Giur.*, 1926, page 192, note 29. Cet auteur considère le *redemptus* comme lié au *redemptor* par un rapport de droit *sui generis*.

(10) Ces textes sont les suivants :

Au Code Just. : VIII, 50, constitutions 2, pr; 2, § 1; 8; 11; 13.

Au Digeste : D. XXX, 1, 43, § 3. D. XLVIII, 15, lois 9, 15 et 21 pr.

(11) Cf. Bibliographie citée supra, ch. IV, pages 28 et 29, note 70.

(12) Cujas, *Opera*, Ed. de Naples 1758, 1321 B-D, expose cette théorie du gage avec une claire intelligence du « byzantinisme » qu'elle implique, dans les termes suivants : « *Commercio redempti ab hostibus... non illico postliminium habent... quoniam non ante pro liberis habentur, quam pretium redemptionis solverint redemptori, quo redemptor solverit de suo, sed serviunt interim redemptori, ut obaerati, ut addicti, et ut ait lex 2 h. t. quasi pignoris naturalis jure tenetur. Cur pign. naturalis ? Quia revera liberi sunt, qui sunt redempti ab host. Et emptio servi non facit servum eum hominem emptoris, et jure civili liberi homines pignori esse non possunt. Est igitur non civile, sed naturale pignus, imo nec naturale, sed quasi naturale pignus* ».

pleinement mises en lumière par la doctrine récente. Les remarques de Dernburg et de Voigt (13) devaient ouvrir dans l'étude de notre manière une voie nouvelle que Pampaloni (14) inaugura au début de ce siècle, en soutenant, après une minutieuse exégèse des textes, l'interpolation du terme *vinculum pignoris* et de toutes les expressions analogues dans les compilations justiniennes (15). Bien que des études plus récentes (16) aient corrigé le travail de cet auteur en proposant des restitutions différentes des textes classiques concernant les *redempti ab host*, elles n'ont pas infirmé le point de départ de sa démonstration. Au contraire elles ont apporté de nouvelles preuves de l'inauthenticité de la conception de *vinculum pignoris* en droit romain classique. Ce sont ces preuves que nous nous proposons de résumer et de compléter dans le présent chapitre.

Le titre du Digeste relatif à notre matière (« *De captivis et de postliminio et redemptis ab host.* ») ne parle pas de droit de gage sur le *redemptus*. Ce silence est éloquent si on le rapproche de celui de la longue constitution d'Honorius

(13) Dernburg, op. cit., page 427, note 22.

Voigt, op. cité, p. 465 et suivantes.

(14) Pampaloni, op. cité, p. 123 et suivantes.

(15) Cet auteur substitue systématiquement l'expression « *vinculum mancipii* » à celle de « *vinculum pignoris* » dans tous les textes que nous avons cités supra, page 113, note 10.

Nous avons déjà examiné la valeur de cette construction en ce qui concerne le droit classique et nous ne retenons ici que le caractère négatif de la critique d'interpolation qu'elle implique.

(16) Albertoni, op. cité, p. 512 et ss., adopte les conclusions de Pampaloni qui avaient déjà été suivies par Bonfante (*Ist.* page 169, note 1). Costa, (*Storia del. dir. romano privato*, Turin, 1925, page 155), Pacchioni (*Corso di dir. rom.*, Turin, 1910, vol. II, page 40, et Taubenschlag (*Das Röm. Privatrecht zur Zeit Diokletians*, pages 228 et 267). En sens contraire cf. Girard (*Manuel* cité supra), et l'interprétation particulière d'Arangio Ruiz (*Corso di Istituzioni*, Naples, 1923, vol. II, page 248). S. Romano, cit. supra, consacre le § 9 de son article à démontrer que le *vinculum pignoris* est une construction des compilateurs et H. Krüger considère que l'opinion qui attribue à Justinien l'introduction de la théorie du gage est indiscutable : « diese letztere meinung lege ich, ohne auf sie einzugehen, meinen untersuchen zugrunde, weil si M. E. unbestreitbar ist » (op. cité supra).

et de Théodose que nous avons étudiée dans la section précédente. Il permet de penser, avec Pampaloni et Romano, que les sources utilisent le terme de gage à titre de comparaison, et avec une insistance supérieure à sa valeur réelle. En outre, certaines expressions sans doute intentionnelles, que l'on relève dans les textes, témoignent d'une incertitude marquée au sujet de la nature même du rapport défini ainsi : « *causa pignoris* » (C. VIII, 50, 2) et « *veluti naturalis pignoris vinculum* » (C. VIII, 50, 2 pr.). Le fait qu'Ulpien ait écrit « *sed vinculo quodam retineri* », sans préciser davantage, constitue une preuve supplémentaire en faveur de notre thèse.

D'autre part, il est certain qu'à l'époque classique le captif racheté n'était pas assujéti envers le *redemptor* par un simple lien de garantie : au contraire nous croyons avoir montré qu'il était placé dans une situation juridique telle que toute sa personnalité en était modifiée (17).

Le caractère de la notion de gage (18) résulte en effet non seulement des sources, dont la forme même (19) trahit l'interpolation, mais encore de la manière dont la théorie juridique de la *redemptio ab hostibus* a été construite par les grands jurisconsultes romains. Ulpien paraît bien hésiter sur la nature du lien créé par le rachat (*quamvis placeat hunc servum non esse sed vinculo quodam retineri*) mais il

(17) Voir supra, ch. IV, p. 75.

(18) Le terme « *pignus* » était déjà employé bien avant le troisième siècle ap. J.-C. pour désigner un homme libre dans le sens d'« otage ». Par ex. Térence, *Heaut.* IV, 5, 46 « *oppignerare filiam meam* ». Mais le mot gage était alors employé dans un sens purement littéraire. Voir aussi les autres textes (notamment les passages des « *Captifs* » de Plaute, V, 1, vers 18-19; II, vers 72-73 : « *meam esse vitam pro te positam pigneri* ») cités par Champeaux, dans les mélanges P. F. Girard, tome I, p. 155 ss.

(19) Romano (op. cit., § 11) a remarqué que les incorrections de C. VIII, 50, 2 trahissent le remaniement de ce fragment, qui, grammaticalement, exigerait un « *potius* » en relation avec le « *quam* » du second membre de la phrase. Cet auteur a bien mis en relief également le caractère anormal de la construction du verbe « *constituere* » avec l'accusatif.

ne parle pas de *vinculum pignoris* (20) et ceci concorde avec le fait que la construction du *pignus* n'a reçu aucune application véritable dans notre matière pendant la période classique. Qu'il s'agisse en effet de la constitution (21), de la protection (22) ou de l'extinction (23) du lien assujettissant le captif racheté au *redemptor*, le principe de « l'engagement » du *redemptus* à son créancier n'est pas mis en œuvre une seule fois.

Par ailleurs, si les fragments que nous suspectons étaient vraiment authentiques, le captif racheté, dès son retour sur le sol romain, devait avoir une capacité suffisante pour entrer comme sujet passif de droit dans un rapport obligatoire ayant pour objet le prix de la rançon. Mais, en même temps que juridiquement débiteur de la somme déboursée pour lui par le *redemptor* au moment du rachat, il devait être assimilé dans une certaine mesure à une *res corporalis* susceptible d'être vendue, hypothéquée, ou gagée, car « *eam*

(20) Voir supra, ch. III, section 2, p. 49, note 14.

(21) La situation du *redemptus* en droit romain (à la différence du droit de Gortyne, cf. notre chapitre préliminaire) était de nature légale et non contractuelle. Le « *sine ullo contractu* » de C. VIII, 50, 5 concerne évidemment le contrat passé entre le *redemptor* et les ennemis, sans intervention du prisonnier lui-même. Comme personne ne peut, à Rome, disposer de sa liberté ou de sa qualité d'ingénu par un acte de sa propre volonté (Mommsen, *Bürgerlicher und peregrinischer freiheitsschutz in röm. staat. Juristische Schriften*, III, Berlin, 1907, page 1 et svtes), les classiques auraient été contraints d'insister sur le caractère légal de l'assujettissement envisagé s'ils avaient introduit eux-mêmes la théorie du gage. Il eût été impossible d'éluder autrement les prohibitions de D. XX, 3, 5 formulées également par C. IV, 43, 1 et Paul, Sent V, 1, 1.

(22) La *potestas retinendi* sur le *redemptus* n'est pas une application du droit de rétention accordé au créancier gagiste. Ulpien se contente d'affirmer que l'interdit « *de libero homine exhibendo* » n'est pas applicable au *redemptor*, car ce dernier « *non dolo malo facit* » (D. XLIII, 29, 3, § 3).

(23) De très nombreux fragments des sources concernent la libération des *redempti*. Aucun d'eux ne peut être considéré comme une application du commentaire d'Ulpien sur l'édit au D. XX, 6, 6 « *item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum. Sed et si tempore finitum pignus est, item dicere debemus, vel si qua ratione obligatio ejus finita est. § 1. Qui paratus est solvere, merito pignus videtur liberasse.*

rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest » (D. XX, 3, 1, § 2) (24). Cette identité entre le débiteur gagiste et la chose engagée était certainement étrangère aux jurisconsultes classiques, qui ne connaissaient pas l'esclavage pour dettes (25) et n'envisageaient le gage que comme un rapport d'obligation accessoire à une dette principale (26). Tels sont les arguments qui nous permettent de conclure à l'interpola-

(24) Cf. également C. VIII, 17, 6 (a. 293). Au D. XX, 1, 9, Gaius exprime le même principe sous une forme affirmative : « *quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest* ». Mathieu Nicolau, commentant les applications du principe « *libertas res inestimabilis* » (*Causa liberalis*, thèse Paris, 1933, n° 440, 441 et note 359), cite un passage d'Ulpien au D. XL, 7, 9, 2 : « *ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui præstarique possunt; libertas autem pecunia lui non potest* ». L'auteur en donne l'explication suivante : « Ce texte célèbre... montre par quel détour les Romains sont arrivés à considérer comme éteintes les obligations ayant pour objet un homme libre : on démontre que l'objet n'est plus susceptible d'être « *in obligatione* » parce qu'il ne peut plus être évalué en argent (conséquence du système des condamnations pécuniaires).

Les deux textes suivants illustrent bien le commentaire de M. Nicolau : D. XX, 1, 13, § 1 (Marcien) : « *Statuliber quoque dari hypothecæ poterit, licet conditione existente evanescat pignus* ». Ulpien, Règles II, 4 : « *Statuliber sub hac conditione liber esse jussus « si decem millia heredi dederit » et si ab herede abalienatus est, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet, idque lex duodecim tabularum jubet* ».

La non-application de ces principes au cas du *redemptus* est une preuve supplémentaire de l'inauthenticité du « *vinculum pignoris* » dans le droit classique de Rome.

(25) Dans l'ancien droit, le *nexus* est un homme libre. Ce sont ses « *operæ* » qui sont en servitude. Varron, de *Ling. Lat.*, VII, 105 « *liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet, dat.* ». L'*adictus* n'est pas non plus un esclave, car la loi des XII tables décide que durant la période de 60 jours « *de suo vivito* » — cf. contra l'article de Ch. Appleton dans mélanges P. Fournier, page 1 et svtes — « l'affranchissement *vindicta* ne s'appliquait anciennement qu'aux esclaves pour dettes ». C'est à tort, selon nous, que beaucoup d'auteurs distinguent ici la « servitude de fait » de la « servitude de droit » cf. supra le chap. IV de notre thèse). En ce qui concerne le droit classique, l'homme libre qui s'était laissé vendre comme esclave « *ad pretium participandum* » ne pouvait plus recouvrer ensuite la liberté. Mais il s'agit alors d'une sanction pénale destinée à punir un acte frauduleux (C VII, 16, 16; D. XXXX, 13, 1 et XXXX, 14, 2).

(26) Il en allait autrement en droit grec. Cf. supra notre chapitre préliminaire section III.

tion du terme « *vinculum pignoris* » et des expressions analogues dans les textes juridiques du II^e et du III^e siècles concernant la *redemptio ab hostibus*.

La restitution des passages principaux qui ont été remaniés par suite de l'introduction de la notion de gage n'est pas toujours facile. Si elle ne présente aucune difficulté particulière en ce qui concerne les constitutions classiques ou dioclétiennes conservées dans le code de Justinien (27), il en va tout autrement pour les extraits de Paul et d'Ulpien qui nous sont parvenus par l'intermédiaire du Digeste. En général ces derniers ont été profondément déformés (28), et leur altération est parfois si complète qu'il est impos-

(27) L'idée de « *vinculum pignoris* » apparaît au C. J. dans les cinq fragments suivants :

C. VIII, 50, 2 pr. : « *ab hostibus redempti. quoad [exsolvatur pretium] <manumittantur> [in causam pignoris constituti quam] in servilem condicionem videntur esse detrusi* (a. 241).

C. h. t. 2, § 1 : « *Proinde si ab hostibus redemptam post [dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum] <manumissionem> in matrimonio habere cœpisti...* » (a. 241).

C. h. t. 8 : « *... cum eos, qui post redemptionem nascuntur [ne pignoris quidem vinculo] ob pretium quod pro his datum non est teneri nullis auctoribus visum est* » (a. 291).

C. h. t. 11 : « *Si liberum captum te... redemit Sabinus, et cum [vinculum pignoris superstitem] <redemptionis pretium> remisisse tibi probetur...* ». Voir supra, ch. VI, p. 103 (a. 293).

C. h. t. 13 : « *Si is qui te... redemit sibi matrimonio conjunct, dignitate nuptiarum et voto futurae justæ subolis [vinculi pignoris remisso] tibi redditos natales pristinos rationis est* » (a. 294).

(28) Nous avons déjà montré — et c'est un point essentiel de notre thèse — que le « *vinculo quodam retineri* » du D. XXVIII, 1, 20, § 1 devait être considéré comme classique (cf. supra, ch. III, section 2, p. 49-50 et note 14). Par contre, nous restituons ainsi qu'il suit le fragment D. XLVIII, 15, 15, § 9 :

« *Si is qui emat ab hostibus pluri alii [jus pignoris quod in redempto habet cesserit] <redemptum vendiderit>...* »

L'interpolation de D. XLVIII, 15, 15 est très complexe : ce texte contient peut-être même des gloses préjustiniennes :

« *... Nisi forte quis subtilius dicat hunc, dum moritur, [quasi jure pignoris finito] nactum postliminium [et sine obligatione debiti] obisse ut poterit suum habere. [Quod non sine ratione dicitur]*. Voir supra, ch. II.

sible de reconstituer scientifiquement le texte primitif caché derrière la rédaction nouvelle (29).

Section III.

L'Evolution récente et les destinées de l'institution

A) L'INFLUENCE ORIENTALE.

Dans son œuvre législative, Justinien poursuivait, comme il le dit lui-même (30), un double but : colliger tout le droit de Rome et l'amender. Or ce dessein n'a pas été atteint en ce qui concerne notre matière. La théorie du gage portant sur la personne du *redemptus* était déjà inconcevable pour les jurisconsultes classiques : mais en droit récent elle présente encore des difficultés et des contradictions internes dont l'explication reste délicate à préciser.

C'est ainsi que le *vinculum pignoris* établi au profit du *redemptor* ne permet pas à ce dernier de vendre la personne engagée; le *jus distrahendi* lui est refusé (31) et le D. XLVIII, 15, 19, § 9 parle de la cession du « *jus quod in redempto habet* (*redemptor*) et non de la vente du *redemptus* lui-même (32). Comme nous l'avons observé plus haut, l'identité entre le débiteur gagiste et la chose engagée était étrangère au droit romain, d'après lequel une *res in commercio* ne saurait avoir de capacité juridique.

(29) Tel est le cas pour D. XXX. 43, § 3 : « *qui ab hostibus redemptus est legari [sibi poterit... fin] <?>* ».

Enfin au D. XLVIII, 15, 21, pr. un long passage a été remplacé par une véritable « réécriture » du texte. Voir supra, ch. I, p. 23 et ch. III, section 4, p. 56, note 35.

(30) Constitution « *Deo Auctore* » 2.

(31) Le *jus distrahendi* est de l'essence même du *pignus* dans les droit récent : D. XIII, 7, 4 : « *etsi non convenerit de distrahendo pignore. hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere* ».

(32) Il est intéressant de remarquer que la libération *opere quinquennii* du captif racheté a dû modifier complètement les conditions d'application de ce texte.

Krüger (33) explique la réforme des compilateurs par la substitution du gage à la fiducie en matière de sûretés réelles. En effet l'auteur allemand qualifie le droit du *redemptor* de « propriété quasi fiduciaire » et pense que la transformation de ce droit en *pignus* a été effectuée sans intervention d'influences étrangères, comme une simple conséquence naturelle de l'évolution des institutions romaines.

Mais Albertoni (34) estime sans doute avec raison que la configuration donnée par Justinien à la situation du *redemptus* est étroitement inspirée de la notion gréco-orientale du droit de gage portant sur la personne d'un homme libre. Les analogies des deux conceptions sont nettement marquées : car chez les Grecs le gage n'était pas nécessairement l'accessoire d'un rapport principal d'obligation, mais pouvait exister seul d'une manière autonome et indépendante. Le but de l'assujettissement du prisonnier racheté est le même que celui de l'esclavage pour dettes du droit hellénique : garantir l'exécution d'une obligation pécuniaire. Enfin le détail même des institutions présente des similitudes frappantes (35).

Mais la preuve directe de l'influence orientale n'a pas été apportée, et nous ne savons pas dans quelle mesure la *redemptio ab hostibus* s'était déjà transformée avant l'œuvre des compilateurs. Au surplus la plupart des *redempti* du ^{vi}e siècle étaient vraisemblablement des demi-libres ou des colons qui ne sortaient d'une condition de dépendance que pour retomber dans une autre plus ou moins voisine,

(33) Op. cit., erster teil, § 10.

(34) Op. cit., p. 525 et note 1.

(35) Par exemple l'existence d'une capacité juridique limitée chez l'assujetti et le fait que la *redemptio* crée plutôt un obligé qu'une obligation véritable. Le « *sine obligatione debiti* » du D. XLVIII, 15. 15 est peut-être même une glose préjustinienne tendant à fonder le droit du racheté sur une obligation naturelle. Voir Brini, « *Intorno alle obbligazioni naturali nel dir. rom. priv.* », dans *Memorie della R. Accademia di Bologna*, I, pp. 199 ss.

et le rachat *jure commercii* a sans doute changé pratiquement de caractère depuis que sous l'influence du christianisme il n'était plus effectué seulement par des personnes privées.

B) L'INFLUENCE DU CHRISTIANISME.

L'inspiration chrétienne se manifeste déjà au début du ve siècle dans la constitution de Théodosé que nous avons déjà étudiée dans notre première section. Mais ce texte juridique ne fait que trahir une action certainement plus ancienne, action d'une charité tout exaltée par cette idée que les captifs comme les pauvres occupent une place éminente dans l'Eglise du Christ. Au temps des invasions les fidèles ne doivent pas se borner à implorer la pitié du seigneur, car c'est un devoir pour eux que de secourir personnellement leurs frères et de les arracher à l'ennemi (36). Non seulement le rachat entre parents devient obligatoire au vi^e siècle sous peine d'exhérédation pour ingratitude (37), mais la *pietatis causa* repose désormais sur une base beaucoup plus large qui est la communauté de religion (38).

(36) Cf. St. Ambroise, *De Off. Ministr.* II, 15, 15, §§ 70-71; II, 28, §§ 136-138.

St. Augustin, *Epist. CXI ad Victorianum*, §§ 7 et 9. *Sermones*, c. 36, § 1.

St. Clément, *Epist. I ad Corynth* 55. *Constitutiones Apostoll.* lib. IV, c. IX.

St. Grégoire le Grand, *Reg. Epist.*, III, ep. 16; IV, ep. 17; VII, ep. 22; IX, ep. 7. *Dialogorum*, lib. III, col. 1.

Lactance, *Div. Inst.*, IV, 12.

Salvien, *De Gub. Dei*, VI, c. 18.

Sur l'influence du Christianisme sur la *redemptio ab host.* au Bas-Empire, voir Lallemand, *Histoire de la Charité*, Paris, 1903, vol. II, pp. 107-111. Marchi, *L'influenza del Christianesimo sulla codificaz. Giustiniana* dans *Studi Senesi*, vol. XXXVIII, Sienne 1924, pp. 93 et 95.

(37) Cf. *Novelle CXV*, 3, 13.

(38) Voir Leblant, *Inscriptions Chrétiennes de la Gaule antérieures au viii^e siècle*, 2 vol. et Atlas 1865, tome II, n^o 543, p. 285 ss. Les rachats inspirés par la charité chrétienne furent extrêmement nombreux en Gaule.

Doellinger, *Origines du Christianisme*, t. II, chap. III, p. 116.

L'Eglise devait faire plus encore en confiant aux évêques, sous la surveillance des métropolitains, l'administration de fondations pieuses spécialement consacrées au rachat des prisonniers. Justinien décida que les captifs n'étaient pas considérés comme des personnes incertaines et pouvaient être institués héritiers (39). Les donations de sommes d'argent *redemptionis causa* sont dispensées d'insinuation, et elles ne peuvent être répétées (40). L'évêque disposera également du patrimoine de ceux qui sont morts en captivité, ou des biens que ces derniers auraient laissés à leurs enfants négligents (41). En cas de nécessité, les vases sacrés eux-mêmes pourront être aliénés (42). Les règles d'administration des fondations sont aussi déterminées avec soin : elles précisent que l'Eglise, l'évêque, et l'économe ne devront tirer aucun profit de leur gestion (43).

Toutes les dispositions précédentes prouvent que la *redemptio ab hostibus* a subi des transformations très complètes à la fin du Bas-Empire. A elle seule l'étude de ce droit récent mériterait un travail spécial, qui permettrait en outre d'expliquer les destinées différentes de notre institution en Orient (44) et en Occident (45).

(39) C. J. I, 3, 37.

(40) C. J. VIII, 43, 36.

(41) *Novelle* CXV, 3, 13.

(42) *Novelle* CXX, 10.

(43) C. I. 1, 3, 37.

(44) Cf. *Basiliques*, livre XXXIV, tit. I, § XI et § XVII; tit. II, §§ I, V, VI, IX, X, XI, XIII, XIV, XVIII. Ed. Heimbach; vol. III, pp. 536-539.

Harmenopulus Prochiron I, 18, §§ 31-35; IV, 5, § 5.

Ecloga Leonis et Constantini, tit. VIII, c. 6.

(45) Cf. *Lex Romana Visigotorum*, Ed. Haenel, pp. 142-145.

Edictum Teodorici, § 148.

Breviarum Alariciarum, V, 3.

Lex Romana Raetica Curiensis, V, 4.

Edictum Pistense Karoli Calvi, c. 34.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En raison même des limites que nous avons fixées à notre étude pour lui donner plus d'unité, de nombreuses recherches seraient encore nécessaires pour connaître le droit du rachat sous toutes ses formes : nous ne nous flattons pas d'avoir épuisé notre sujet.

Cependant nous voudrions conclure en indiquant brièvement comment la *redemptio commercii jure* s'intègre dans l'ensemble des institutions romaines, et de quelle manière les solutions de notre thèse concordent avec les règles générales du *Jus Personarum*.

Au début du premier livre de ses *Institutes*, Justinien reproduit en cette matière la célèbre *summa divisio* de Gaius : « *Haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* ». Et après avoir commenté ce principe il conclut : « *in servorum conditione nulla differentia est. In liberis multae differentiae sunt : aut enim ingenui sunt aut libertini* » (Inst. I, IV, 5).

La phrase finale du titre *De ingenuis* est rédigée dans les termes suivants :

« *Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse, et postea manumissum esse, saepissime enim constitutum est natalibus non officere manumissionem.* »

Ce passage met parfaitement en lumière les contradictions de la doctrine moderne. Krüger a soutenu que le prisonnier

racheté était un *servus*, mais qu'il parvenait à la liberté sans affranchissement. Pampaloni a bien vu qu'il était un homme libre, tout en sollicitant en vain les textes afin de démontrer qu'il tombait *in causa mancipii*.

Aucune de ces théories ne parvient à expliquer les sources tandis que les *Institutes* de Justinien prouvent clairement qu'il existait une autre condition de dépendance dont nous croyons que le droit romain a fait une application remarquable au *redemptus ab hoste*.

Nous espérons donc avoir tranché une controverse, et nous serions heureux que notre modeste étude provoquât des recherches plus approfondies sur la situation juridique particulière des personnes libres *in servitute*.

Vu : *Le Président*,
Pierre NOAILLES

Vu : *Le Doyen*,
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer.
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Gilbert GIDEL.

PRINCIPAUX TEXTES CITÉS ET ANALYSÉS

Cette liste ne comprend que les textes utilisés pour l'étude de la *Redemptio ab hostibus* en droit romain, et présentant un rapport direct avec l'objet de ce travail.

AMBROISE (St)

De off. Ministrorum.

II, 5, 70Page 110, note 2.

CICERON

De officiis

II, 16, 55-56Page 66, note 16.

II, 18, 63 — 64, note 8.

III, 32, 114 — 64, note 8.

Verrinæ

II, 5, 34, 90 — 66, note 16.

CODE DE JUSTINIEN

IV, 10, 12Page 14, note 30.

VI, 3, 8 — 99, note 12.

VII, 14, 2 — 103, note 21.

—, —, 4 — 88.

—, 20, 1 — 105, note 29.

VIII, 16, 16 — 14, note 30.

—, 44, 21 — 91.

—, —, 25 — 91, note 15.

VIII, 50, 2 — 22.

—, —, — — 25, note 9.

—, —, — — 52, note 24.

—, —, — — 74, note 44.

—, —, — — 76.

—, —, — — 101, note 17.

VIII, 50, 5	 —	21.
—, —, 6	 —	89, note 9.
—, —, —	 —	22 et 102.
—, —, 7	 —	90, note 10.
—, —, 8	 —	54.
—, —, 11	 —	103.
—, —, —	 —	101, note 17.
VIII, 50, 12	 —	22.
—, —, 13	 —	22.
—, —, —	 —	53.
—, —, 15	 —	61.
—, —, 16	 —	56.
—, —, 17	 —	22 et 23.
—, —, —	 —	24, note 8.
—, —, —	 —	66, note 13.
—, —, —	 —	102.
VIII, 50, 20	 —	83.
IX, 45, 1	 —	59, note 47.

COLLATIO LEGUM ROMANARUM

II, 3, 1	Page 97, note 4.
----------------	----------------------

DIGESTE DE JUSTINIEN

I, 5, 4, § 3	Page 64, note 3.
III, 5, 21	 — 68, note 19.
IV, 6, 1, § 1	 — 73, note 43.
V, 1, 67	 — 98.
—, —, 67	 — 106, note 30.
XII, 6, 32, § 2	 — 66, note 13.
XIII, 7, 4	 — 119, note 31.
XVIII, 1, 34, § 1	 — 97, note 17.
XX, 1, 9	 — 117, note 24.
—, —, 13, § 1	 — » , — » .
—, 3, 1, § 2	 — 117.
—, 6, 6	 — 116, note 23.
XXIV, 2, 1	 — 51, note 18.
XXVIII, 1, 20 <i>pr</i>	 — 45.
—, —, —, §§ 1, 2, 3	 — 43.
—, —, —, —	 — 45.
—, —, —, —	 — 50, note 15.
—, —, —, —	 — 76.
—, —, —, § 7	 — 47, note 11.
XXXVIII, 5, 32, § 1	 — 31.
—, —, —, —	 — 32, note 4.
XXX, 1, 43, § 3	 — 85.
XXXIII, 2, 3	 — 94, note 20.
XXXIII, 3, 1, § 1	 — 94.
XXXVII, 6, 1, § 17	 — 62.
XXXVIII, 4, 13, § 2	 — 31.
—, —, 16, 1, § 1	 — 25.
—, —, —, § 4	 — 33.

— , — , 15	 — 31.
— , 17, 1, § 1	 — 58, note 42.
XL, 1, 4, § 5	 — 99, note 11.
— , 7, 9, § 2	 — 117, note 24.
— , — , 25	 — 90, note 11.
— , 11, 12	 — 104, note 25.
— , 12, 25	 — 59, note 47.
— , 12, 37	 — 14, note 30.
XLI, 3, 44, <i>pr</i>	 — 69, note 24.
— , — , — , § 7	 — 34-35, note 11.
XLIII, 29, 1, § 1	 — 41.
— , — , 3, § 2	 — 43.
— , — , — , —	 — 50, note 15.
— , — , 3, § 3	 — 41.
— , — , 3, § 4	 — 97, note 4.
— , — , — , —	 — 44.
XLVIII, 15, 5, § 2	 — 77.
— , — , 12	 — 15, note 32.
— , — , — , § 4	 — 51, note 18.
— , — , — , §§ 7, 8	 — 78-79.
— , — , — , —	 — 69, note 26.
— , — , — , § 9	 — 78-79.
— , — , — , —	 — 69, note 26.
— , — , — , —	 — 28.
— , — , — , § 12	 — 27.
— , — , — , § 13	 — —.
— , — , — , § 14	 — 100, note 13.
— , — , — , § 16	 — 27.
XLVIII, 15, 14, § 1	 — 51, note 18.
— , — , 15	 — 35.
— , — , 16	 — 20.
— , — , 18	 — 34-35, note 11.
— , — , 19, <i>pr</i>	 — 20.
— , — , 19, § 9	 — 87.
— , — , 20, § 2	 — 26.
— , — , 21, <i>pr</i>	 — 23.
— , — , — , —	 — 53, note 27.
— , — , — , —	 — 56, note 35.
— , — , — , —	 — 100.
— , — , 21, § 1	 — 100.
— , — , — , —	 — 89, note 8.
XLVIII, 16, 2, § 1	 — 60, note 48.
— , — , 8	 — 30.
— , — , — , —	 — 59.
L, 16, 3, § 1	 — 77.
— , — , 199, § 1	 — 32, note 3.

FRAGMENTS DU VATICAN

§ 1	Page 79, note 43.
§ 6	 — 73, note 43.

GAIUS

Institutes

I, 49-51-52-55	Page 48, note 12.
I, 129	 — 57, note 38.
I, 135	 — 55, note 32.
I, 138	 — 74, note 44.
II, 92	 — 93, note 17.
II, 105	 — 45.
—, —	 — 47.

JUSTINIEN

Institutes

I, 4, 5	Page 123.
I, 10, 10	 — 45.
I, 12, 5	 — 21.

PAUL

Sentences

V, 1, 1	Page 103.
V, 1, 2	 — 25.

PLAUTE

Asinaria

I, 1, (91-92)	
---------------------	--

Captivi

II, 1, (87-91)	}Page 66, note 15.
II, 3, (6 et 37)	
III, 4, (54)	
	 — 91, note 13.

QUINTILIEN

Declamations mineures

CCCXI	Page 81.
-------------	--------------

Institutions oratoires

V, 10, 60	} — 80, note 62.
VII, 3, 26	

SÉNÈQUE LE PHILOSOPHE

De beneficiis

II, c 21	Pages 66-67, note 18.
----------------	---------------------------

TITE-LIVE

XXII, 57	Page 65, notes 10-11.
XXII, 59	 — 65, notes 10-11.
—, —	 — 66, note 14.
XXII, 60	 — 31.
XXV, 6	 — 65, notes 10-11.

ULPIEN

Regulæ

II, 4	Page 90.
—, —	 — 117, note 24.
V, 10	 — 55, note 31.
X, 4	 — 57, note 38.
XX, 3	 — 43 et 49.
XXIV, 9	 — 93, note 19.

VALERE MAXIME

IV, 3, 1	Page 65, note 12.
----------------	-----------------------

VARRON

De lingua latina

VII, 105	Page 117. note 25.
----------------	------------------------

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne comprend pas un certain nombre d'ouvrages qui n'ont été consultés qu'occasionnellement, et que nous avons cités en note sans les abréger.

A

- ALBERTARIO (E.). — « *Note Esetetiche minime in materia di pegno* », Z. S. S. 32 (1911). R. A.
— « *Conceptus pro jam nato habetur* », et *appendici esetetiche*. B.I.D.R. 33 (1923).
ALBERTONI (A.). — « *Redemptus ab hostibus* ». Rivista di Dir. Intern. XVII (1925).
APPLETON (CH.). — « *L'affranchissement Vindicta ne s'appliquait anciennement qu'aux esclaves pour dettes* ». Mel. P. Fournier, 1929.
ARANGIO-RUIZ (V.). — « *Istituzioni di diritto romano* », 3^e éd. Naples, 1934.
— *Persone e Famiglia nel Diritto dei Papiri*, Milan, 1930.

B

- BALOGH (E.). — *Der urheber und das alter der fiktion des Cornelischen gesetzes*. Studi in Onore di P. Bonfante, vol. IV, Milan, 1930.
BEAUCHET (L.). — *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, vol. II, Paris, 1897.
BECHMANN. — *Das Jus postliminii und die lex Cornelia*, 1872.
BESELER (G.). — *Postliminium und lex Cornelia*, 2. S.S. 45 (1925) R.A.
— *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen*. Tübingen. T. 1 (1910), 2 (1911), 3 (1913), 4 (1920).
BIONDI (B.). — *La vendita di cose fuori di commercio*. Studi in onore di S. Riccobono, vol. IV, Milan, 1930.
— *Corso di Istituzioni di dir. romano*. Catania, 1929.

BONFANTE (P.). — *Corso di diritto romano.*

I. *Diritto di famiglia*, Rome, 1925.

II. *Le Successioni*, Rome, 1930.

BUCKLAND (W.). — *The roman law of Slavery*, Cambridge, 1908.

C

CARCOPINO (J.). — *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire.*

CIULEI (G.). — *Liber homo bonæ fide Serviens*, Thèse, Paris, 1941.

COSTA (E.). — *Storia del diritto romano*, Turin, 1925.

CRUWEILHIER (R.). — *Introduction et commentaire du Code d'Hammourabi*, Paris, 1937.

CUQ (E.). — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd. Paris, 1928.

D

DAREMBERG ET SAGLIO. — *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*.

DARESTE. — *Voir recueil des Inscriptions juridiques grecques.*

DERNBURG. — *Das Pfandrecht nach den grundsätzen des heutigen römischen recht*, Leipzig, 1860.

DESSERTAUX (F.). — *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, Fascicule 2, Paris, 1926.

DIRKSEN. — *Die Quellen der theorie von der lösung der in fremde gefangenschaft gerathenen Personen*, dans *Hinterlassene Schriften*, Leipzig, 1871.

E

ELLUL (J.). — *Etude sur l'Evolution et la nature juridique du Mancipium*, Bordeaux, 1936.

G

GEORGESCO (V.). — *Essai d'une théorie générale des leges privatae*, Thèse, Paris, 1932.

GIFFARD (A.). — *Précis de droit romain*, 2 vol. Paris, 1934.

GIRARD (P. F.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd. Paris, 1929.

GLOTZ. — *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904.

J

JÖRS-KUNKEL-WENGER. — *Römisches Recht*, 2^e éd. Berlin, 1935.

K

KARLOWA (O.). — *Römisches rechtsgeschichte*, 2 vol. Leipzig, 1885-1901.

- KOSCHAKER (P.). — *C. R. de l'article de L. von Seuffert* dans Z.S.S. 29. R.A.
- KRELLER (H.). — *Römische Rechtsgeschichte*. Tübingen, 1936.
- KRETSCHMAR (P.). — *Das Nexum und sein verhältnis zum mancipium*. Z.S.S. 29. R.A.
- KRÜGER (H.). — « *Captivus redemptus* ». Z.S.S. 51 (1931).
- KRÜGER (P.). — *Histoire des Sources du droit romain*. Traduit de la première édition, Paris, 1894 et 2^e éd. allemande, Leipzig, 1912.
- KUNTZE. — *Cursus des römischen rechts*.

L

- LEBLANT (E.). — *Inscriptions chrétiennes de la Gaule antérieures au VIII^e siècle*. 2 volumes et Atlas, Paris, 1865.
- LENEL (O.). — *Das Edictum perpetuum*, 3^e éd. Leipzig, 1927.
- Traduction française d'après la 2^e éd., 2 vol. Paris, 1902-1903.
- LEONHARD. — Article « *redemptor* » dans la *Realenz. de Pauly-Wissowa*.
- LÉVY (E.) ET RABEL (E.). — *Index interpolationum*. Weimar, 1929-1931.
- LÉVY-BRUHL (H.). — *La Condition du romain à l'étranger*. Atti del congresso intern. di dir. romano, 1933, tome II.
- *L'Origine de l'esclavage romain*. Etudes de sociologie et d'ethnologie juridiques, 1931.
- LEWALD. — *Zur Personalexecution im rechte der papyri*. Leipzig, 1910.
- LONGO (G.). — *La res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli*. Studi in onore di P. Bonfante. Milan, 1930 (volume III).
- LOTMAR (P.). — *Marc-Aurels Erlass über die Freilassungsaufgabe*. Z.S.S. 33 (1912).

M

- MICHEL (CH.). — *Recueil d'inscriptions juridiques grecques*. Paris, 1900.
- MICHON (L.). — *La succession ab intestat d'après la loi des XII tables*. N.R.H. 1921.
- MOMMSEN (Th.). — *Gesammelte Schriften*, 1905.
- *Römische Forschungen*, 2 volumes. Berlin, 1864-1879.
- *Le droit public romain*. Traduction P. F. Girard. Paris, 1889.
- MONIER (R.). — *Précis de droit romain*. Volume I, éd. 1941. Volume II, éd. 1940.
- *Petit vocabulaire de droit romain*, 2^e éd. Paris, 1934.

N

- NABER. — *Observatiunculæ de jure romano*, dans *Mnemosyne N. S.* vol. 31.

NICOLAU (M.). — *Causa liberalis*. Thèse, Paris, 1933.

NOAILLES (P.). — « *Nexum* » dans R.H.D. 1942.

P

PACCHIONI. — *Corso di dir. rom. privato*. 2^e éd. Turin, 1910, vol. II.

PAMPALONI (M.). — *Personæ in « causa Mancipii » nel diritto romano Giustiniano*. B.I.D.R. XVII (1905).

PAULY-WISSOWA-KROLL. — *Realenzyklopädie der klassischen altertums-wissenschaft*, 1894.

PERROZZI. — *Istituzioni di Dir. Romano*, 2^e éd. 2 volumes. Rome, 1928.

PRINGSHEIM. — « *Jus æquum und jus strictum* » Z.S.S. 42 (1921).

R

RATTI (U.). — *Studi sulla captivitas*. Rivista ital. per le scienze giuridiche N.S. 1 (1926).

RECUEIL DES INSCRIPTIONS JURIDIQUES GRECQUES. — Texte, traduction et commentaires par R. Dareste, B. Haussoullier et Th. Reinach., vol. II, Paris, 1898-1904.

ROMANO (S.). — *Redemptus ab hostibus*. Rivista ital. per le scienze giuridiche. N.S. 5 (1930).

S

SALKOWSKI. — *Institutionen. Grundzüge des system von der geschichte des röm. privatrecht*. Leipzig, 1907.

SALEILLES (R.). — *Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain*. Festschrift O. Gierke zum 70 en geburtstag. Weimar 1911.

SAVIGNY (F. C. de). — *Traité de droit romain*. Traduction Genoux. 3 volumes, 1855-1860.

SCHMIDT (A.). — « *Das hauskind in Mancipio* ». Leipzig, 1879.

SERTORIO (L.). — *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*. Milan, Turin, Rome, 1916.

SEUFFERT (L. von). — *Der loskauf von sklaven mit ihrem geld*. Eine rechtsgeschichtliche untersuchung, 1907.

SOLAZZI. — *Tutela e Postliminio*. Ist. Lomb., 1916.

T

TAUBENSCHLAG (R.). — *Das Römische Recht zur Zeit Diokletians*. Cracovie, 1923. Extrait du Bulletin international de l'Académie Polonaise des Sciences et des Lettres (1919-1920).

V

DE VISSCHER. — *Vindicta et Noxa*, dans *Studi in Onore di P. Bonfante*, t. III, 1930.

VOIGT. — *Römische Rechtgeschichte*. Stuttgart, 1899.

W

WALLON (H.). — *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, 3 volumes, 2^e éd. Paris, 1879.

WLASSAK. — *Die Prætorischen freilassungen*. Z.S.S. XXVI (1907).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — LE RACHAT DES CAPTIFS DANS L'ANCIEN DROIT DE L'ORIENT MÉDITERRANÉEN	3
Section I. — <i>Le Code de Hammourabi</i>	3
Section II. — <i>La Loi de Gortyne</i>	5
Section III. — <i>Le Droit Grec</i>	10
LE RACHAT DES CAPTIFS EN DROIT ROMAIN. — INTRODUCTION.	17
CHAPITRE PREMIER. — JUS POSTLIMINII	20
CHAPITRE II. — LA MORT DU REDEMPtus	31
CHAPITRE III. — LA CONDITION DU REDEMPtus EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE	40
Section I. — « <i>Redempto facultas non datur recedendi</i> ».	41
Section II. — <i>Incapacité de témoigner</i>	45
Section III. — <i>Mariage du Redemptus</i>	51
Section IV. — <i>La Condition des Enfants du Redemptus</i> .	54
Section V. — « <i>Non licet redempto nomen militiæ dare</i> ».	58
Section VI. — <i>Droit de revendiquer une hérédité</i>	60
CHAPITRE IV. — ORIGINE ET NATURE JURIDIQUE DE L'ASSU- JETTISSEMENT DES REDEMPti. SON ÉVOLUTION JUSQU'AUX RÉFORMES DE DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN	63
CHAPITRE V. — LEGS ET VENTE DU REDEMPtus	85
Section I. — <i>Le Legs du Redemptus</i>	85
Section II. — <i>La Vente du Redemptus</i>	87

	Pages
CHAPITRE VI. — LA MANUMISSIO DU REDEMPtus ET LES RÉ-	
FORMES DE DIOCLÉTIENT ET MAXIMIEN	97
Section I. — <i>L'Affranchissement du Redemptus à l'époque</i>	
<i>classique.</i>	98
Section II. — <i>Les Réformes de Dioclétien et Maximien.</i>	102
Section III. — <i>Les Conséquences de la Réforme</i>	104
CHAPITRE VII. — LA CONSTITUTION D'HONORIUS ET DE THEO-	
DOSE. L'INTERPOLATION DU TERME « VINCULUM PIGNORIS »	
ET DES EXPRESSIONS ANALOGUES DANS LES COMPILATIONS	
JUSTINIENNES. LE DROIT RÉCENT ET LES FACTEURS DE SON	
ÉVOLUTION	109
Section I. — <i>La Constitution d'Honorius et de Theodose.</i>	110
Section II. — <i>L'interpolation du terme « Vinculum Pi-</i>	
<i>gnoris » et des expressions analogues dans les com-</i>	
<i>pilations justiniennes</i>	112
Section III. — <i>L'Evolution récente et les destinées de</i>	
<i>l'institution</i>	119
CONCLUSION GÉNÉRALE	123
PRINCIPAUX TEXTES CITÉS ET ANALYSÉS	125
BIBLIOGRAPHIE	131

